

Relaciones Laborales

EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE

GRUPO QUISQUEYA




UNIVERSITAS
FUNDACIÓN


ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
REPUBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL

RELACIONES LABORALES EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE

Oscar Hernández Álvarez

Coordinador

RELACIONES LABORALES EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE

Grupo Quisqueya

Manuel Ramón Herrera Carbuccia | Oscar Blanco Rivera

Jaime Cabeza Pereiro | César Augusto Carballo Mena

Teresa Coelho Moreira | Carlos de Buen Unna

Yone Frediani | Héctor Omar García

Alexander Godínez Vargas | Rosina Rossi

Alfredo Sierra Herrero | Adolfo Ciudad Reynaud

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

Santo Domingo, 2021

Relaciones laborales en tiempos de incertidumbre

Grupo Quisqueya

344.01

R382 Relaciones laborales en tiempos de incertidumbre / coordinación general
Oscar Hernández Álvarez. -- 1.ª ed. -- Santo Domingo: Escuela Nacional de la
Judicatura / Fundación Universitas, 2021.

493 p.

Incluye referencias bibliográficas e índice.

ISBN: 978-9945-425-65-9

1. Derecho laboral -- República Dominicana -- COVID-19. 2. Pandemia -- Aspectos
jurídicos -- República Dominicana. 3. COVID-19 -- Aspectos jurídicos -- República
Dominicana. I. Hernández Álvarez, Oscar, coord.

© Escuela Nacional de la Judicatura, 2021

© Universitas Fundación, 2021

Consejo Directivo:

Luis Henry Molina Peña (presidente)

Octavia Fernández Curi (miembro)

Bernabel Moricete Fabián (miembro)

Hilda Nieves Sánchez Luna (miembro)

Juan Francisco Puello Herrera (miembro)

Miguel Surun Hernández (miembro)

Dariel Alejandro Suárez Adames (secretario)

Coordinación general de la obra:

Oscar Hernández Álvarez

Autores:

Manuel Ramón Herrera Carbuccia

Oscar Blanco Rivera

Jaime Cabeza Pereiro

César Augusto Carballo Mena

Teresa Coelho Moreira

Carlos de Buen Unna

Yone Frediani

Héctor Omar García

Alexander Godínez Vargas

Rosina Rossi

Alfredo Sierra Herrero

Adolfo Ciudad Reynaud

Coordinación técnica:

Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd)

Corrección de estilo:

Aimara Vera

Diseño de portada y diagramación:

Pía Menicucci & Asoc., S.R.L.

Año 2021

Hechos los depósitos de ley.

Al Grupo de los Nueve,
en reconocimiento de su fecunda obra.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 8

Dariel Alejandro Suárez Adames

INTRODUCCIÓN 10

Oscar Hernández Álvarez

**1 EL TRABAJO VOLUNTARIO
EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA 33**

Oscar Blanco Rivera

2 EL TRABAJO AUTÓNOMO 59

Jaime Cabeza Pereiro

3 TELETRABAJO: PERSPECTIVA IBEROAMERICANA 99

César Augusto Carballo Mena

**4 DISCRIMINAÇÃO NO EMPREGO. DISCRIMINAÇÃO
POR RAÇA, SEXO, IDADE E DEFICIÊNCIA 123**

Teresa Coelho Moreira

**5 EL DERECHO DEL TRABAJO
Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES 173**

Carlos de Buen Unna

6 TRABALHO DOS IMIGRANTES 207

Yone Frediani

**7 EL DERECHO DEL TRABAJO
DE LA EMERGENCIA SANITARIA..... 255**

Héctor Omar García

8	CONTRATOS TEMPORALES.....	313
	Alexander Godínez Vargas	
9	EL TRABAJO INFORMAL Y LOS DERECHOS: NOTAS PARA SU COMPRESIÓN Y DEBATE.....	349
	Manuel Ramón Herrera Carbuccia	
10	INFORMALIDAD Y TRABAJO FAMILIAR	387
	Rosina Rossi	
11	SOBRE LA SUCESIÓN DE EMPRESA. UNA VISIÓN COMPARADA DE LAS GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES ANTE EL CAMBIO DE EMPLEADOR	437
	Alfredo Sierra Herrero	
12	LA ACCIÓN COLECTIVA EN EL PROCESO DE TRABAJO. UNA VISIÓN COMPARADA.....	475
	Adolfo Ciudad Reynaud	

PRESENTACIÓN

Dariel Alejandro Suárez Adames*

Para la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana es un honor poner a disposición de la comunidad jurídica nacional e internacional la obra *Relaciones laborales en tiempos de incertidumbre*, coordinada junto con el Grupo Quisqueya y la Fundación Universitas y puesta a circular en la jornada homónima celebrada en noviembre de 2021.

Esta publicación aborda un tema neurálgico para el derecho del trabajo en una sociedad aún impactada por el COVID-19, la cual debe afrontar la natural incertidumbre pospandemia.

Destacados laboristas iberoamericanos, bajo la coordinación del profesor Oscar Hernández, abordan los temas del trabajo informal, el trabajo familiar, el teletrabajo, el trabajo autónomo, la discriminación en el trabajo, el trabajo voluntario, el derecho del trabajo y las plataformas digitales, el trabajo de los inmigrantes, los contratos temporales, el derecho del trabajo de la emergencia sanitaria, la sucesión de empresa y la acción colectiva en el proceso de trabajo.

Se trata de la primera publicación del Grupo Quisqueya, cuya creación partió de la idea del Mgdo. Manuel Ramón Herrera Carbuccioni y el Prof. Mario Pasco en homenaje al denominado Grupo de los Nueve, con el objetivo de fortalecer el estudio del derecho laboral desde una perspectiva comparada de la realidad iberoamericana.

* Director de la Escuela Nacional de la Judicatura. Licenciado en Derecho (*cum laude*) por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (2005). Máster en Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, Universidad Carlos III de Madrid (2006). Máster Universitario en Estudios Jurídicos Avanzados en la Especialidad de Regulación del Mercado y Derecho de la Empresa, Universidad de Valladolid (2014). Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid (2017).

El respaldo de la Escuela Nacional de la Judicatura a esta edición es coherente con su misión de contribuir a la excelencia de la administración de justicia, conforme a los valores de una sociedad democrática, mediante la creación de espacios para la discusión de corrientes de pensamiento, la formación y capacitación permanente de los servidores del Poder Judicial y el intercambio de conocimiento con los demás integrantes de la comunidad jurídica nacional e internacional.

Agradecemos la labor de los destacados juristas encargados de su redacción y del equipo técnico responsable de su edición, cuyo esfuerzo ha coadyuvado a tener una publicación académica que enriquece el acervo bibliográfico jurídico laboral y aporta luz a la incertidumbre de nuestros días.

INTRODUCCIÓN

Oscar Hernández Álvarez*

1. Importancia, utilidad y dificultad de los estudios de derecho comparado del trabajo

El derecho comparado, y muy particularmente el derecho comparado del trabajo, es un campo pleno de interés y dificultades. El primero, porque asoma al estudioso a la variedad de soluciones jurídicas que los diversos sistemas nacionales ofrecen a los problemas que se derivan de una misma realidad: el desarrollo y la práctica de las relaciones laborales. El segundo, porque el investigador, formado en la realidad de su propio sistema jurídico nacional, siempre encontrará obstáculos para analizar y comprender las cambiantes realidades que se construyen en los otros sistemas jurídicos. Pero los esfuerzos de aquellos que afronten ese campo con tenacidad y mediante el empleo de los instrumentos adecuados, pueden ser satisfactoriamente recompensados.

Más allá del afán de erudición que pudiera alimentar su vanidad personal, el estudioso del derecho comparado del trabajo podrá derivar importantes ventajas de este. Su formación profesional, iniciada, como es lógico, en el estudio de su sistema nacional, se verá ampliamente reforzada en la medida en que se adentra en el estudio de los sistemas jurídicos extranjeros. Al conocerlos y compararlos entre sí, podrá profundizar más en el análisis y el conocimiento de su propio sistema jurídico nacional. El derecho comparado puede ser un instrumento de ayuda para la interpretación e integración del derecho nacional. En la ingente tarea de superar las "lagunas" que presenta el ordenamiento jurídico nacional, el operador jurídico puede encontrar orientación al estudiar cómo han sido solucionadas situaciones semejantes en otros sistemas jurídicos. El análisis de las tendencias que están teniendo presencia y se están desarrollando en otros sistemas, permite prever aquellas que podrían desarrollarse en el propio sistema nacional.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de Derecho Comparado del Trabajo en varias universidades. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Expresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El derecho comparado del trabajo es un instrumento de primera utilidad en la tarea de elaborar normas internacionales del trabajo. De hecho, cuando la Organización Internacional del Trabajo emprende el proceso de elaboración de un proyecto de norma para someterla a la Conferencia Internacional del Trabajo, el primer paso que se da es efectuar un estudio comparativo sobre el tema objeto del proyecto de normativa y la forma en que este se regula y se practica en el mundo. De igual manera, el proyectista de una norma nacional sobre un determinado tema encontrará una importante ayuda ilustrándose sobre cómo otros países han tratado jurídicamente ese tema. En ese caso, el proyectista deberá tener sumo cuidado con los riesgos que supone el "trasplante" automático de normas que pueden ser adecuadas en otros países, pero que no lo sean en el suyo e incluso correr el riesgo de trasplantar normas que en apariencia se ven apropiadas, pero en la práctica produjeron un mal resultado en el país para el cual fueron aprobadas.

La internacionalización de los problemas laborales, muy presente en esta época de globalidad, determina que cada día tengan mayor presencia situaciones que trascienden los ordenamientos jurídicos nacionales. Me refiero a temas que rebasan las fronteras nacionales y, por tanto, suponen soluciones que no siempre pueden encontrarse dentro de los límites de un ordenamiento jurídico nacional. Tal es el caso del trabajo con inmigrantes, empresas multinacionales, obras binacionales o multinacionales, así como los problemas laborales derivados de la integración y los de derecho internacional privado del trabajo. El tratamiento jurídico de estas situaciones de trascendencia internacional no puede ser realizado adecuadamente sin un conocimiento de los diversos ordenamientos jurídicos implicados en ellas.

En fin, el estudioso que desee desarrollar un tema determinado encontrará en el derecho comparado un instrumento de apoyo para la elaboración doctrinal y la formulación de modelos o tipologías.

El estudio del derecho comparado, y particularmente del derecho comparado del trabajo, comporta varias dificultades que deben ser superadas adecuadamente por el estudioso que incursiona en esta metodología para lograr un buen resultado en sus trabajos.

En primer lugar, hay que señalar las dificultades idiomáticas y terminológicas. Si una persona debe realizar un estudio comparativo que abarca países cuya legislación, jurisprudencia y doctrina están escritas en idiomas distintos, ello va a significar un obstáculo, pues no siempre tendrá el conocimiento de todos los idiomas involucrados. Ese problema será mayor si el estudio concierne a la Unión Europea, en la cual hay una gran variedad de idiomas, a diferencia del ámbito iberoamericano donde la diversidad lingüística es mucho menor. Pero la dificultad no es solo idiomática, sino también terminológica. Aun en países que comparten una misma lengua, los términos con los cuales se denominan ciertas realidades suelen ser distintos. Varios ejemplos de países de habla hispana pueden ilustrar esta situación. Mientras en algunos el término “paro” se refiere a un tipo de conflicto laboral consistente en una suspensión intempestiva del trabajo, en otros se usa para referirse a quien está en situación de desempleo. Igual sucede con “cesantía”, que en unos países alude al desempleo, mientras que en otros hace referencia a un beneficio laboral que se paga a los trabajadores. En Venezuela la expresión “prestaciones sociales” se utiliza para denominar una compensación por tiempo de servicio, mientras que en otros países se refiere a los beneficios que paga la seguridad social. Para realizar adecuadamente un estudio comparativo, sería recomendable que el estudioso tenga al menos un conocimiento básico de los idiomas de los países involucrados en el estudio y un buen manejo de la terminología jurídica empleada en estos. Es cierto que en la actualidad hay mayores facilidades para la traducción de documentos y la mayoría están traducidos al inglés. No obstante, el desconocimiento de la lengua de un país con el cual se está trabajando siempre será un obstáculo para la comprensión de lo que ocurre en este.

El acceso a las fuentes es otro problema. Largamente experimentado por los comparatistas durante décadas, hoy, con la existencia de Internet, sigue siendo un obstáculo, pero mucho menor de lo que era con anterioridad a esta. El estudioso del Derecho suele tener un conocimiento muy amplio de las fuentes legislativas de su propio ordenamiento nacional. Asimismo, conoce las normas, sus orígenes y su tramitación parlamentaria, su aplicación por la jurisprudencia y sus sucesivas modificaciones. Es mucho más complejo cuando se trata de las fuentes legislativas de otros países. Ciertamente, resulta más fácil indagar sobre las fuentes en Internet que como se hacía cuando la información constaba en textos físicos que no

siempre estaban al alcance del investigador. Aun con Internet, el acceso a las fuentes sigue siendo una importante dificultad, especialmente por el carácter dinámico que tienen las fuentes legislativas en materia laboral. No en vano se ha dicho que toda una biblioteca legal puede quedar obsoleta por un solo plumazo del legislador.

La existencia de una brecha entre la normatividad laboral y la realidad social de los países, situación especialmente presente en América Latina, es una dificultad que debe enfrentar el estudioso que, desde afuera, puede percibir en los textos normativos una realidad distinta a la que existe en la práctica. En una posición extrema, el maestro ítalo-argentino Mario Deveali señalaba que “si se desea conocer el derecho vigente, lo último que quizá debiera consultarse es la legislación laboral”. En materia laboral las normas de los países latinoamericanos suelen establecer un adecuado nivel de protección para los trabajadores, pero no siempre es aplicado en la práctica. Por eso, un estudio comparativo no debe limitarse al examen y comparación de los textos normativos.

Los estudios de derecho comparado deben ser diseñados y ejecutados de manera que puedan hacer frente a las referidas dificultades. Hay diversas modalidades para la realización de un estudio comparativo. La primera es la de los estudios realizados por un autor desde su propio lugar de trabajo con el auxilio de las bibliotecas a las que tiene acceso y de Internet, que constituye la más simple en su ejecución, pero proporciona menos elementos para superar los obstáculos que he mencionado. Buena parte de los estudios de derecho comparado del trabajo, especialmente los iniciales, realizados a partir de mediados del siglo XX, se han llevado a cabo de esta manera. Es de observar que tal modalidad, sobre todo cuando no existía Internet, representaba un trabajo titánico. El autor se enfrentaba a muchos problemas para encontrar y verificar la vigencia de las fuentes normativas y más aún, de las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales. El conocimiento de la realidad de un sistema jurídico extranjero era un difícil desafío.

La aparición de Internet aumentó exponencialmente la posibilidad de que el autor pueda, desde su lugar de trabajo, obtener una amplia información. Pero, aun así, el trabajo individual no parece la opción más adecuada para realizar estudios comparados del trabajo. A partir de

las últimas décadas del siglo XX, tales estudios tienden a ser una obra que trasciende el trabajo de un solo autor. Este tipo de trabajo colectivo puede revestir a su vez varias modalidades. La más simple supone que el autor individual, si tiene buenos contactos con colegas en el exterior, puede validar sus informaciones y aclarar sus dudas consultándoles. Otra alternativa es la realización de viajes de estudio por parte del autor individual. Si este está haciendo un estudio comparado relativo a tres países, incluido el suyo, puede verificar las informaciones que ha obtenido previamente y aclara sus dudas haciendo este tipo de viaje a los otros países objeto de su análisis. Para que estos desplazamientos sean efectivos deben ser preparados con antelación. En primer lugar, el autor debe estudiar previamente el tema en el país que va a visitar. El viaje debe servir para validar o no las informaciones que ha obtenido a través de documentos físicos o por Internet, aproximarse a la realidad del sistema jurídico que va a analizar, aclarar las dudas que se le han presentado e interactuar con expertos e instituciones que previamente debe identificar y contactar a fin de concertar los contactos necesarios. Si el viaje de estudio no se hace con la debida preparación, pasará a formar parte de una modalidad de "turismo académico", pero no ayudará mayormente a la realización adecuada de la comparación.

Mucho más eficiente resulta la realización de los trabajos comparativos por parte de grupos de estudios, razón por la cual esta ha sido la modalidad prevaleciente a partir de las últimas décadas del siglo XX. El grupo de estudio comprende expertos de diversos países que realizan sus trabajos bajo una coordinación. Dicho grupo puede realizar su labor de múltiples formas. Quizás la más frecuente sea escoger un tema de comparación y encargar a los expertos que realicen estudios nacionales sobre ese tema. El trabajo del grupo puede terminar ahí, en cuyo caso más que un estudio compartido propiamente dicho, se trata de producir un material muy útil para la comparación, cuya validez y actualidad debería estar garantizada por el nivel académico de los autores de los informes nacionales. En ese caso, la comparación queda a cargo de quienes utilicen ese material. En otros casos, ya culminados los informes nacionales, se encarga a una persona con experiencia en derecho comparado para que haga un estudio comparativo sobre la base de estos. En otra modalidad, que es la utilizada en esta obra, el grupo de estudio afronta un tema general, el cual se divide en subtemas,

cada uno a cargo de un autor que lo desarrolla comparativamente. En este caso, el estudio comparativo no lo realiza aisladamente el autor del subtema, pues cuenta con el apoyo de los otros miembros del grupo para verificar la validez de las informaciones que ha obtenido, aclarar sus dudas y obtener las informaciones nacionales adicionales requeridas.

Otra modalidad de estudio comparativo está constituida por los informes o relatos que se producen en los congresos mundiales o regionales de derecho del trabajo, especialmente los desarrollados en el marco de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tradicionalmente, en los congresos se debaten varios temas a partir de informes nacionales con base en los cuales un relator elabora un informe general que hace un análisis de fondo del tema con implicaciones comparativas.

Por último, los organismos internacionales, y muy particularmente la Organización Internacional del Trabajo, bien sea cuando va a preparar una norma internacional para presentarla a la Conferencia Internacional del Trabajo o cuando decide hacer un estudio general sobre un determinado tema, prepara un estudio comparativo para el cual encarga previamente a expertos de distintos países la elaboración de un estudio nacional sobre el tema. Esos estudios comparados, que pueden consultarse en la página web de la OIT, suelen ser muy completos y de alta calidad.

2. Obras de derecho comparado del trabajo en Iberoamérica

Los trabajos comprendidos en la presente obra están referidos especialmente al ámbito iberoamericano. Comunidad cultural formada en el transcurso de varios siglos a partir de los últimos años del siglo XV de nuestra era, Iberoamérica comprende más de una veintena de países que abarca un territorio de alrededor de veinte millones seiscientos mil kilómetros cuadrados donde viven cerca de setecientos millones de habitantes. La presencia europea en el denominado Nuevo Mundo dio lugar a un formidable choque entre pueblos y culturas totalmente diferentes. En este participaron no solo los europeos y los aborígenes americanos, sino también los africanos, quienes fueron llevados como esclavos y estuvieron igualmente presentes en esa violenta y conflictiva

mezcla de razas y culturas. Tal mixtura produjo una nueva realidad sociocultural. La existencia de importantes elementos culturales comunes, el predominio generalizado de una misma formación religiosa, la coincidencia de muchos aspectos en los procesos históricos de las distintas naciones y en los problemas económicos y sociales que ellas confrontan y, muy especialmente, la facilidad de comunicación lingüística, son, entre otras, circunstancias que crean un marco general en el cual conviven naciones con perfiles muy diferenciados, pero que presentan ciertos comunes denominadores que no solo facilitan, en unos casos más que en otros, sino que hacen de gran utilidad la realización de estudios comparativos.

En 1974 la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) publicó un libro intitulado *El derecho latinoamericano del trabajo* con los siguientes capítulos: "Principios generales y derecho individual del trabajo" de Enrique Álvarez del Castillo; "Derecho colectivo del trabajo" de Alfonso López Aparicio; "Jurisdicción y derecho procesal del trabajo" de María C. Salmorán de Tamayo; "Síntesis del derecho panameño del trabajo" de Arturo Hoyos; "Principios procesales básicos del nuevo Código de Trabajo de Panamá" de Jorge Fábrega; "El derecho peruano del trabajo" de José Montenegro Baca; "El derecho del trabajo del Uruguay" de Héctor Hugo Barbagelata, y "El derecho del trabajo en Venezuela" de Rafael Alfonso Guzmán.

En 1985 la Universidad Externado de Colombia publicó un libro intitulado *Homenaje a Mozart Víctor Russomano* en el cual participaron veinticinco autores de catorce países que tratan importantes temas sobre Derecho del Trabajo en Iberoamérica.

Uno de los esfuerzos permanente en el ámbito del derecho comparado del trabajo en Iberoamérica fue el realizado por el "Grupo de los Nueve". Contaba el peruano Mario Pasco Cosmópolis que, en 1983, en una jornada organizada por la Asociación Zuliana de Abogados Laboralistas en la ciudad de Maracaibo, Venezuela, coincidieron, como invitados extranjeros, además de él, el mexicano Néstor de Buen Lozano y el dominicano Rafael Alburquerque de Castro. Mientras tomaban una piña colada en el tropical ambiente de la piscina del Hotel del Lago, surgió la idea de realizar estudios conjuntos y multinacionales sobre

temas de Derecho del Trabajo. Dos años después sale a la luz la primera obra del Grupo, autodenominado también como “La Patota”, a pesar de la protesta del maestro Américo Plá Rodríguez. La obra, intitulada *La solución de los conflictos laborales*, fue publicada en México en 1985 y, además de De Buen, Albuquerque y Pasco, fueron coautores Américo Plá Rodríguez, de Uruguay; Wagner Giglio, de Brasil; Alfredo Montoya Melgar, de España, y Rolando Murgas Torrazza de Panamá. El prólogo fue escrito por Emilio Gómez Vives, funcionario del Ministerio del Trabajo de México, que auspició la publicación. Dos años después, en 1987, la editorial Aele de Lima publica la segunda obra del grupo intitulada *La extinción de la relación laboral* coordinada por Mario Pasco Cosmópolis y en 1988 sale a la luz, por esta misma editorial y también bajo la coordinación de Pasco Cosmópolis, el libro intitulado *Los sindicatos en Iberoamérica*, con la incorporación al grupo de Mario E. Ackerman de Argentina. En 1989 la Universidad de Murcia publica una obra intitulada *La estabilidad en el empleo, solución de conflictos laborales y concertación social (perspectiva iberoamericana)* de los iniciales siete autores, que comprende trabajos presentados en el I Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo realizado en Puebla, México, en 1987. En 1993 la editorial Porrúa de México, bajo la coordinación de Néstor de Buen, publica otra obra intitulada *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. En 1996 la editorial Aele, bajo la coordinación de Mario Pasco Cosmópolis, publica una nueva obra del Grupo, al cual se incorpora Emilio Morgado Valenzuela de Chile, quien ya había participado, junto con los otros ocho miembros en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo en Puebla en 1992. La obra se intitula *La huelga en Iberoamérica* y a partir de ella se adopta la denominación formal de Grupo de los Nueve. En 1999 la Editorial Porrúa publica, bajo la coordinación de Mario Ackerman, un libro intitulado *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*. En 2009 la editorial Porrúa, junto con la UNAM, la Universidad Iberoamericana y la Universidad Autónoma Metropolitana, publica, bajo la coordinación de Mario Pasco Cosmópolis y Néstor de Buen, un libro intitulado *Pactos normativos de condiciones de trabajo. Contratos colectivos de trabajo*, homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez, el cual incluye trabajos presentados por los nueve autores en el XV Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En ese libro Juan Raso Delgue se incorpora al Grupo en sustitución de Américo Plá Rodríguez, quien había fallecido

en 2008. En 2011 la editorial Porrúa publica, bajo la coordinación de Néstor de Buen y prólogo de Carlos de Buen Unna, un libro intitulado *El outsourcing. Visión iberoamericana*. En 2014, nuevamente coordinado por Néstor de Buen y prologado por Carlos de Buen Unna, sale a la luz por esta misma editorial el libro intitulado *Las transformaciones del derecho del trabajo en un mundo en crisis*.

Los libros del Grupo de los Nueve recogen informes nacionales sobre los temas que cada uno de ellos trata. La labor comparativa queda a cargo del lector.

Desde 1987 hasta 2009 Néstor de Buen organizó en México quince Encuentros Iberoamericanos de Derecho del Trabajo, los cuales produjeron catorce libros memoria. Tan solo el encuentro de 1995, realizado en Zacatecas, no dio lugar a una publicación. Los referidos libros constituyen un valiosísimo instrumento para el estudio del derecho comparado del trabajo en Iberoamérica. En ellos se tratan setenta y tres temas y escriben noventa y cuatro autores de España y América Latina. Como hubo autores que participaron en más de un encuentro, el número de conferencias dictadas fue de alrededor de ciento veinte, sin contar las del encuentro de Zacatecas que no están registradas.

La Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado de Barquisimeto en Venezuela y el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara publicaron bajo mi coordinación tres libros sobre estudios comparados del trabajo. El primero, publicado en 1990, se intitula *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional* y comprende estudios nacionales de Uruguay, Argentina, México, Panamá, España, Perú, Italia y Venezuela, escritos por Eduardo Ameglio, Mauricio Birgín, Carlos de Buen, Arturo Hoyos, Antonio Ojeda, Mario Pasco, Tiziano Treu y Oscar Hernández. Con base en esos estudios nacionales, Arturo Bronstein hizo un estudio comparativo. El segundo libro, publicado en 1990, se intitula *Relaciones laborales en América Latina* y comprende estudios de Rafael Albuquerque, Rafael Caldera, Néstor de Buen, Oscar Hernández, Héctor Lucena y Humberto Villasmil. El tercero, intitulado *La huelga. Un estudio internacional*, publicado en 1992, contiene los trabajos de Carlos Palomeque, Carlos Reynoso, Bernardo Van Der Laat y Oscar Hernández.

En 1989 se constituyó un Grupo Latinoamericano de Derecho Sindical con el propósito de llevar a cabo estudios comparativos en esta área. Producto de las actividades de ese grupo fueron publicados dos libros. Uno de ellos, puesto en circulación e 1993 por el Instituto Europeo de Relaciones Industriales, bajo la coordinación de Antonio Ojeda Avilés y Oscar Ermida Uriarte, intitulado *La negociación colectiva en América Latina*, reúne las ponencias presentadas por veinte profesores, europeos y latinoamericanos, en un simposio sobre negociación colectiva realizado en Sevilla en octubre de 1992. El otro libro, intitulado *El derecho sindical en América Latina*, y publicado en 1995 por la Fundación de Cultura Universitaria de Montevideo, bajo la coordinación de Oscar Ermida Uriarte y Antonio Ojeda Avilés, recoge el resultado de los estudios comparativos sobre el tema realizados por Miguel Rodríguez Piñero, Alfredo Villavicencio, Adrián Goldin, Néstor de Buen Lozano, Arturo S. Bronstein, Arturo Hoyos, Octavio Bueno Magano, Antonio Ojeda Avilés, Oscar Hernández Álvarez, Bernardo Van Der Laet, Américo Plá Rodríguez, Mario Pasco Cosmópolis y Emilio Morgado Valenzuela. En esta oportunidad los autores no desarrollaron informes nacionales, sino que a cada uno correspondió, con la ayuda de los demás, el esfuerzo de realizar el estudio comparado de uno de los institutos del derecho colectivo del trabajo en Latinoamérica.

En 1995, la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, publicaron, bajo mi coordinación, un libro intitulado *La reforma laboral en América Latina* que comprende estudios de autores de Argentina, Colombia, Chile, República Dominicana, El Salvador, Perú, Cuba, Venezuela y de la OIT. En 1997 la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la UNAM publicaron, bajo la coordinación de Néstor De Buen y Emilio Morgado, un libro intitulado *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, con la participación de cuarenta y dos autores, la mayoría miembros de la Academia y donde se tratan las instituciones más importantes del área.

En 2003 la UNAM, bajo la coordinación de Patricia Kurczyn Villalobos y Carlos Puig Hernández, publicó un libro intitulado *Estudios jurídicos* en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano con la participación de cuarenta y cuatro autores de once países.

En 2007 Rubinzal-Culzoni Editores, en ocasión de los cincuenta años de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social publicó, bajo la dirección de Arturo Bronstein, un libro intitulado *Cincuenta años de derecho del trabajo en América Latina* con informes nacionales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, escritos respectivamente por Héctor Guisado, Marcio Tulio Viana, Oscar Blanco Rivera, Francisco J. Tapia Guerrero, Carlos Reynoso Castillo, Rolando Murgas Torrazza, Mario Pasco Cosmópolis, Carlos Hernández Contreras, Cristina Mangarelli y Oscar Hernández Álvarez. Este volumen contiene un panorama comparativo escrito por Arturo Bronstein.

En 2009 la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social publicó, bajo la coordinación de Mario Pasco Cosmópolis, un libro intitulado *Actualidad de derecho del trabajo*, con una presentación general de Rafael Alburquerque de Castro, de República Dominicana, en el cual se analizan tres grandes temas. El primero, "La estabilidad laboral", a cargo de Emilio Morgado Valenzuela de Chile, Jorge Rodríguez Mancini de Argentina, Oscar Hernández Álvarez de Venezuela y César González Hunt de Perú. El segundo, "Mitología y patología del derecho del trabajo: de los principios a la realidad" a cargo de Amauri Mascaro Nascimento de Brasil, Rolando Murgas Torrazza de Panamá y Víctor Ferro Delgado del Perú. El tercer tema, "Celeridad procesal, ¿solo un desiderátum, una entelequia?" a cargo de Néstor de Buen Lozano de México, Oscar Ermida Uriarte de Uruguay y Mario Pasco Cosmópolis de Perú.

En 2010, la editorial Tirant Lo Blanch publicó, bajo la coordinación de Tomás Salas Franco, Cristina Mangarelli y Francisco Tapia Guerrero, un libro intitulado *La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*, el cual comprende estudios nacionales sobre Chile, Colombia, Costa Rica, España, México, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, escritos respectivamente por Francisco Tapia Guerrero, Oscar Blanco Guerrero, Fernando Bolaños Céspedes, Tomás Salas Franco, Carlos Reynoso Castillo, Mario Pasco Cosmópolis, Carlos Hernández Contreras, Cristina Mangarelli, Oscar Hernández Álvarez y María Laura Hernández Sierralta.

En 2011 la UNAM publicó un libro intitulado *La subcontratación: un fenómeno global*, estudio de legislación comparada escrito por Alfredo Sánchez Castañeda, Carlos Reynoso Castillo y Bárbara Palli.

Desde 2012 la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social viene publicando, bajo mi coordinación, un anuario que contiene estudios laborales de académicos de diversos países. A partir de 2014 contiene una síntesis de la legislación y jurisprudencia producidas en el respectivo año por diversos países iberoamericanos. Han escrito informes nacionales los siguientes autores: Néstor de Buen, Carlos de Buen y Alfredo Sánchez Castañeda (México); César Franco (Guatemala); Rafael Alburquerque y Manuel Herrera Carbuccia (República Dominicana); Antonio Raudilio Martín Sánchez (Cuba); Alexander Godínez (Costa Rica); Rolando Murgas (Panamá); Martha Monsalve, José Roberto Herrera y Carlos Ernesto Molina (Colombia); Héctor Jaime, Luis Eduardo Díaz y Oscar Hernández Álvarez (Venezuela); Jorge Egas (Ecuador); Carlos Blanca Bustamante y Alfredo Villavicencio (Perú); Iván Campero Villalba (Bolivia); Emilio Morgado y Francisco Tapia (Chile); Jorge Rodríguez Mancini, Adrián Goldin, Juan Pablo Mugnolo y Miguel Ángel Maza (Argentina); Nelson Mannrich (Brasil); Jorge Rosenbaum, Federico Rosenbaum y Martín Carrasco (Uruguay); Antonio Monteiro Fernandes (Portugal), y Antonio Martín Valverde, Luis Enrique de la Villa y Joaquín García Murcia (España).

En 2015, la editorial Tirant Lo Blanch publicó, bajo la coordinación de Tomás Salas Franco, Cristina Mangarelli y Francisco Tapia Guerrero, un libro intitulado *Las relaciones laborales colectivas en América Latina y España*, que comprende estudios nacionales sobre Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, México, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, escritos respectivamente por Héctor Omar García, Irene Rojas Miño y Francisco Tapia Guerrero, Gustavo Gnecco Mendoza, Fernando Bolaños Céspedes, Sabino Hernández M. y Flor Espinoza H., Tomás Salas Franco, Carlos Reynoso Castillo, Patricia Kurczyn, Joana Páez y Oscar Zavala, Mario Pasco Cosmópolis, Carlos Hernández Contreras, Cristina Mangarelli, Oscar Hernández Álvarez y María Laura Hernández Sierralta. El libro concluye con un informe de síntesis escrito por los tres coordinadores.

En 2017 la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universitas Fundación publicaron, bajo la coordinación de Miguel Ángel Martínez Gijón y la mía, un libro intitulado *Recientes tendencias del derecho sindical en Iberoamérica*. Esta obra contiene dos partes: la primera incluye tres estudios generales comparativos: "Perspectiva latinoamericana", por Arturo Sergio Bronstein; "Perspectiva europea", por Jaime Cabeza Piñeiro, y "Perspectiva de la OIT", por Enrique Marín Quijada. La segunda parte comprende estudios nacionales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, España, México, Panamá, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, escritos respectivamente por Lucas Caparrós, Luiz Carlos Amorim Robortella, José Roberto Herrera Vergara, José Luis Ugarte Cataldo y Javiera Aravena, Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca y María Sepúlveda Gómez, Carlos de Buen Unna, Rolando Murgas- Torraza, Teresa Coelho Moreira, Rafael Alburquerque de Castro, Natalia Castro Tomás y Pedro Nimo, Oscar Hernández Álvarez, María Laura Hernández Sierralta e Iván Mirabal Rendón.

En 2019 la editorial Tirant Lo Blanch publicó bajo la coordinación de Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena un libro intitulado *Derecho laboral iberoamericano. Influencias del sistema normativo OIT*, que comprende estudios de Antonio Ojeda Avilés, Jaime Cabeza, Héctor Omar García, César Arese, Pablo Arellano, Fernando Bolaños, Carmen Domínguez, Francisco Tapia, Cristina Mangarelli, Manuel Herrera Carbuccia, Margarita Ramos, Gustavo Gauthier, Héctor Jaime, María Bernardoni, Luis Eduardo Díaz, Rolando Murgas, Andrés DaCosta, Javier Almanza, José Calderón y Luis Alberto Torres.

En ese mismo año, Palestra publicó, bajo la coordinación de Wilfredo Sanguineti y César Augusto Carballo Mena un libro intitulado *La tercerización empresarial en América Latina. Perspectiva laboralista*, que comprende estudios de Wilfredo Sanguineti, César Augusto Carballo Mena, Humberto Villasmil, Rafael Alburquerque, Elmer Arce, Francisco Tapia, Carmen Domínguez, Juan Raso Delgue y Sebastián Coppoletta.

Igualmente, en 2019 Rubinzal Culzoni Editores publicó, bajo la coordinación de César Arese, un libro intitulado *Nuevas tecnologías. Presente y futuro del derecho del trabajo*, que comprende estudios

de César Arese, Carlos A. Toselli, Ricardo Francisco Seco, Luis Enrique Ramírez, Abel N. de Manuele, Francisco Iturraspe, Jorge Tobar, Ricardo León Chércoles, María de los Ángeles Ferrario, Laura Nievas, Carlos Ezequiel Alcázar, María Inés Laghezza, Andrea I. Franconi, Andrés Federico Tissera, Consuelo Ferreyra, Carolina Vera Ocampo, Hugo Barretto Ghione, Carlos de Buen Unna, César Augusto Carballo Mena, Irene Rojas Miño, Martha Elisa Monsalve Cuellar, Daniel Ulloa Millares, Fernando Bolaños Céspedes, Augusto Valenzuela Herrera, Iván Campero Villalba y Adolfo Ciudad Reynaud.

Los informes de los congresos internacionales organizados por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así como los de los Congresos Iberoamericanos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y algunos informes elaborados por la Organización Internacional del Trabajo, proporcionan un material de suma utilidad para el estudio del derecho comparado del trabajo en el ámbito iberoamericano.

Desde 2011 Universitas Fundación viene organizando, con el auspicio de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el Seminario Internacional de Derecho Comparado del Trabajo "Isla de Margarita" que hasta la fecha ha tenido once ediciones con participación de cincuenta docentes provenientes de trece países y trescientos veintisiete alumnos provenientes de diecisiete países de América Latina, España e Italia.

3. El Grupo Quisqueya

En ocasión de un evento laboral en Santo Domingo, República Dominicana, Mario Pasco y Manuel Herrera Carbuccion conversaron sobre la posibilidad de constituir, al estilo de "La Patota", un grupo de estudios de derecho comparado del trabajo que incluyera a personas de una generación posterior a la del famoso Grupo de los Nueve, del cual Mario formaba parte. Se trataba de una iniciativa para dar continuidad al esfuerzo emprendido por este Grupo. En la conversación ambos se comprometieron a trabajar en esa idea y acordaron denominársela denominación de Grupo Quisqueya, en homenaje al nombre indígena

de la isla donde había nacido la idea y donde se asienta la República Dominicana. La inesperada y lamentable muerte de Mario suspendió la concreción de la idea. En noviembre de 2019, en ocasión del X Seminario Internacional de Derecho Comparado del Trabajo “Isla de Margarita”, Herrera Carbuccia me contó la historia del neonato Grupo Quisqueya y me pidió que le ayudara a hacerla realidad, fungiendo como coordinador. Acepté, entusiasta, la propuesta de Raymond (así le decimos sus amigos). A las pocas semanas nos pusimos a trabajar en el proyecto. Lo primero que hicimos fue revisar los antecedentes de estudios comparativos que teníamos a manos, que son los que se refieren en el punto 2 de esta presentación. Pasamos a decidir cuál modalidad de estudio haría nuestro grupo y, después de análisis y consultas, decidimos que no sería un estudio sobre la base de informes nacionales, sino que escogeríamos un tema general que sirviese de común denominador y lo subdividiríamos en subtemas, cada uno de los cuales sería tratado por un autor de un país distinto, pero sin apegarse a su realidad nacional, sino con base en un estudio comparativo dentro del área iberoamericana. Luego pasamos a la difícil tarea de escoger los autores en los distintos países.

El grupo quedó así constituido por:

Argentina: Héctor Omar García. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Brasil: Yone Frediani. Miembro de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Profesora del Curso de Derecho en la Fundación Armando Alvares Punteado - FAAP.

Colombia: Oscar Andrés Blanco Rivera Profesor de posgrado en la Universidad Externado de Colombia. Conjuuez de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y del Tribunal Superior de Bogotá.

Costa Rica: Alexander Godínez. Profesor de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Chile: Alfredo Sierra, Profesor de la Universidad de los Andes.

España: Jaime Cabeza Pereira. Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Vigo. Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

México: Carlos de Buen. Abogado laboralista y profesor de Derecho del Trabajo. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Perú: Adolfo Ciudad Reynaud. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex Especialista Principal en Legislación Laboral y Administración del Trabajo de la OIT, expresidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Portugal: Teresa Alexandra Coelho Moreira. Doctora en Derecho. Profesora Auxiliar de la Escuela de Derecho de la Universidad de Minho. Miembro integrado del Centro de Investigación en Justicia y Gobernanza y coordinadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de este. Vicepresidente de la Asociación Portuguesa de Derecho del Trabajo.

República Dominicana: Manuel Herrera Carbuccia. Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Juez de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Uruguay: Rosina Rossi. Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ministra del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1.^{er} Turno. Directora de la Escuela Judicial del Poder Judicial, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.

Venezuela: César Augusto Carballo Mena. Jefe del Departamento de Derecho Social de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

Coordinador: Oscar Hernández Álvarez. Profesor de Derecho del Trabajo y de Derecho Comparado del Trabajo en varias universidades. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Presidente Honorario de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El tema general escogido fue el de las relaciones de trabajo en un mundo incierto. Los subtemas y sus respectivos autores fueron los siguientes:

Oscar Hernández Álvarez: Presentación.

Oscar Blanco: El trabajo voluntario.

Jaime Cabeza Pereira: El trabajo autónomo.

César Carballo Mena: El teletrabajo.

Teresa Alexandra Coelho Moreira: Discriminación en el empleo. Discriminación por raza, sexo, edad y discapacidad.

Adolfo Ciudad Reynaud: La acción colectiva en el proceso de trabajo. Una visión comparada.

Carlos de Buen Unna: El trabajo a través de plataformas digitales.

Yone Frediani: El trabajo de los inmigrantes.

Héctor Omar García: El trabajo en época de coronavirus.

Alexandre Godínez: El trabajo temporal.

Manuel Ramón Herrera Carbuccia: El trabajo informal.

Rosina Rossi: El trabajo familiar.

Alfredo Sierra: Las garantías de los trabajadores ante el cambio de empleador.

Nace, con este libro el Grupo Quisqueya. Lo hemos dedicado al Grupo de los Nueve en reconocimiento a su fecundo trabajo. La continuación de su obra, por encima de las dificultades e incertidumbres que afronta el mundo contemporáneo, es un compromiso de todos los miembros del Grupo y es lo que explica el esfuerzo que hemos emprendido.

4. Nuestra obra: Las relaciones de trabajo en un mundo de incertidumbre

La humanidad ha ido construyendo su historia sobre la base de ciertas certezas. Estas, en cada época y en cada situación, han orientado la acción del ser humano. Eso ha sido así en todos los aspectos de la vida social, entre ellos el trabajo. En la Antigüedad el trabajo humano se articulaba principalmente en torno a la aberrante institución de la esclavitud. Los poderosos se reservaban las tareas inherentes a la dirección de la política, el culto y el ejército. La mayor parte de la producción de bienes y servicios requerida por las sociedades antiguas estaba a cargo de los esclavos. Y eso era una certeza: los poderosos no tenían por qué trabajar en talleres ni cultivos ni los esclavos participar en las actividades reservados para aquellos. Era cierto que el esclavo no era un sujeto de derecho, era una propiedad de su amo, que podía disponer libremente de su persona, su trabajo, su familia e, incluso, su propia vida. Estas certezas fundamentaron el mundo del trabajo durante muchos siglos. El auge del cristianismo fue disminuyendo la centralidad de la esclavitud en el mundo laboral, al menos en occidente. El cristianismo dignificó el trabajo, que dejó de ser considerado algo vil y podía ser prestado por ciudadanos libres. Pero la libertad de los trabajadores era restringida. El trabajador estaba atado a la tierra donde nacía, debía trabajar en ella y bajo la autoridad de su dueño. Los deberes de los siervos y las facultades del señor feudal fueron una certeza que fundamentó la vida social y económica durante toda la Edad Media. Cuando la evolución de la civilización fue desarrollando modalidades laborales urbanas para la producción de los bienes y servicios requeridos en una nueva etapa de la historia humana, estas se fueron organizando en talleres y gremios que funcionaron igualmente con base en ciertas certezas. El trabajo se desarrollaba en gremios o corporaciones, que tenían sus propias reglas, a las cuales no podían escapar los trabajadores. El taller, que debía adscribirse a un gremio, tenía una organización jerárquica muy cierta, como eran ciertos los deberes y los derechos que correspondían a cada una de las diversas categorías jerárquicas. La Edad Moderna cambia radicalmente el mundo del trabajo. Son abolidos gremios y corporaciones y las nuevas certezas estaban dadas por la libertad de contratar y la autonomía de la voluntad. Cualquiera era libre o no de contratar trabajadores a su servicio o de arrendar sus propios servicios

a un empleador que le pagaba una remuneración. Las condiciones de esas contrataciones eran las que libremente establecieran las partes en el contrato, sin injerencia de terceros ni de particulares ni del Estado. Se trataba de ciudadanos libres que se obligaban en la medida que su voluntad así lo establecía. Tales certezas, sin embargo, creaban en la práctica una realidad diferente a la de los postulados teóricos que las animaban. La libertad y la autonomía de la voluntad eran ejercidas únicamente por los propietarios de los medios de producción. Los trabajadores tenían que atenerse necesariamente a las condiciones que aquellos dictaban unilateralmente. Su única certeza es que tenían que aceptar las condiciones de trabajo que se ofrecían en el mercado o quedarse sin trabajo y, consecuentemente, sin medios de subsistencia. Ello produjo grandes condiciones de desigualdad y explotación económica las que generaron, desde los más diversos ángulos, una lucha para construir un sistema de trabajo que se rigiera por condiciones más equitativas y en el cual los trabajadores tuvieran oportunidad efectiva de ejercer sus derechos. La lucha fue sangrienta y larga. Al final, el Estado liberal burgués fue cediendo ante las presiones, y en la búsqueda por lograr un mejor equilibrio social y permitir su supervivencia dentro de una sociedad capaz de crear cauces legales para resolver sus conflictos, fue estableciendo normas heterónomas y obligatorias tendentes a buscar una situación más justa para los trabajadores.

A finales del siglo XIX y en las primeras décadas del XX, la creciente intervención del Estado mediante legislaciones tutelares fue dando lugar al nacimiento y desarrollo de una nueva disciplina cuyos fundamentos abandonaban la concepción liberal basada en el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad para suplantarlos por otra concepción que postulaba la necesidad de establecer, mediante normas de orden público, ciertos parámetros mínimos obligatorios para la protección del trabajador. Así nace el Derecho del Trabajo como sistema integral de tutela laboral, que en lo individual vino a proteger sistemáticamente los derechos de quien trabaja y en lo colectivo privilegió la libertad sindical en sus diversas manifestaciones. En cierta forma, este sistema constituyó la respuesta que las democracias capitalistas ofrecieron frente a la cuestión social como alternativa ante los movimientos revolucionarios que propugnaban la eliminación de la propiedad privada y el establecimiento de un régimen colectivista.

Constituido el derecho del trabajo como disciplina independiente que originó legislaciones reguladoras del trabajo humano, las nuevas certezas laborales fueron siendo establecidas por las normas contenidas en esas legislaciones, las cuales, a lo largo de las décadas y bajo el influjo de políticos progresistas y de la acción sindical legitimada y promovida por el nuevo derecho laboral, fueron evolucionando, creando ordenamientos cada vez más tutelares del trabajo. Esta naturaleza progresiva de las legislaciones laborales fue especialmente notable en las tres décadas posteriores a la posguerra. En esa nueva realidad empleadores y patronos se rigieron por certezas claramente establecidas en las disposiciones contenidas en sus respectivas regulaciones y en los acuerdos celebrados mediante la negociación colectiva en la cual ambas partes podían actuar en igualdad de condiciones.

El proceso expansivo de la economía mundial, que favoreció el desarrollo tutelar del Derecho del Trabajo, encontró sus primeros tropiezos en la década de los setenta del siglo pasado, cuando, a raíz de las crisis petroleras de los años 1973 y 1979, unidas a los requerimientos planteados por el proceso industrial y el auge del pensamiento neoliberal, se hizo presente una reflexión según la cual la prestación del trabajo no podía continuar en un ciclo de continua y ascendente "juridificación", sino que debía ser objeto de un proceso de flexibilización, que permitiera ajustar sus contenidos a las nuevas exigencias del mercado. A partir de entonces no solo se aprobaron leyes flexibilizadoras, sino que se hizo la apología de la desregulación, que en muchos casos tuvo éxito, aun cuando fuese temporal: "mientras menos rigideces normativas mayor crecimiento de la economía, las regulaciones laborales que pretenden proteger al trabajador lo que hacen es dañar al trabajo".

La obsolescencia del modelo de organización taylorista-fordista y la necesidad de atender nuevas exigencias de un nuevo mercado cada vez más exigente y diferenciado, llevó a los empleadores a adoptar nuevas formas de organización empresarial que propenden al abandono del paradigma de la gran planta o establecimiento industrial, en el cual prestaban servicios cientos o miles de trabajadores como eje central de la economía. Así, la gran planta está siendo sustituida, en muchos casos, por grupos o redes de empresas o por empresas más reducidas que contribuyen a la producción de una empresa central, muchos de cuyos

puestos de trabajo se transfieren a esos entes descentralizados. Así, en lugar de un solo empleador, la empresa propietaria de la gran planta industrial, se presentan varios empleadores, con estructuras jurídicas diferenciadas, pero cuyas actividades confluyen en el cumplimiento del proceso productivo que antes llevaba a cabo la gran planta. Este proceso de “disgregación” de la entidad patronal supone dificultades tanto para el movimiento sindical como para el trabajador individual que puede, incluso, llegar a perder la certeza de quien es su patrono.

Por otra parte, la aplicación de nuevas tecnologías en las relaciones laborales, especialmente mediante el teletrabajo y el trabajo a través de plataformas digitales, al desdibujar los modelos tradicionales de prestación de trabajo, favorecen las “fugas” del Derecho del Trabajo y hacen que trabajadores y empleadores vayan perdiendo las certezas que durante décadas daban sustento a su actuación.

Otro factor que ha contribuido a la pérdida de certezas en el trabajo es el crecimiento muy notable del trabajo informal. Un estudio de la OIT de 2018 (<https://www.ilo.org/global/research/lang--es/index.htm>, 25-09-2018.) indica que en América Latina cerca del 53 % de la fuerza de trabajo se encuentra dentro de la informalidad, lo cual representa alrededor de ciento cuarenta millones de trabajadores. “Estos trabajadores”, dice el referido estudio, “no están cubiertos por la legislación laboral, ni por la seguridad social. Muchos están expuestos a condiciones de trabajo inseguras, sus oportunidades de formación son casi inexistentes, sus ingresos suelen ser irregulares y más bajos, las jornadas laborales son más extensas”.

Por último, este proceso de incertidumbre en las relaciones laborales se ha incrementado notablemente debido a la terrible pandemia que azota la humanidad, con devastadoras consecuencias no solo sanitarias, sino económicas y sociales.

Observando este panorama decidimos dedicar nuestro estudio al desarrollo de las relaciones de trabajo en el mundo lleno de incertidumbre en que estamos viviendo. Para la realización de este estudio, hemos abordado doce aspectos, cada uno a cargo de un profesor de un país de diferente. Es de señalar que cada uno de los coautores contó con

el apoyo del Grupo, lo que facilitó el desarrollo de los temas sin que estuviesen referidos exclusivamente a la realidad de un país determinado. Esperamos que esta primera contribución del Grupo Quisqueya sea de utilidad para los estudios del trabajo. Si ello fuera así, veríamos compensado nuestro esfuerzo colectivo.

Barquisimeto, septiembre de 2021

El trabajo voluntario en América Latina y España

Oscar Blanco Rivera

EL TRABAJO VOLUNTARIO EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA

Oscar Blanco Rivera*

Sumario: 1. Breve nota introductoria. 2. El trabajo dependiente y sus diferencias con el trabajo voluntario o de voluntariado. 3. Institucionalización del trabajo voluntario. 4. Algunas decisiones judiciales en Colombia. 5. Conclusiones.

1. Breve nota introductoria

En mis notas sobre un proyecto de libro en construcción, a las preguntas acerca de qué es el trabajo y cuál es su configuración jurídica, afirmamos lo que muchos autores han dicho: el trabajo es la actividad humana por excelencia. A través de ella el hombre desarrolla su capacidad creativa, transformando los bienes de la naturaleza en productos útiles para su bienestar. En consecuencia, el trabajo constituye la actividad humana de la que surge la obra o bien útil como resultado.

La expresión trabajo deriva del latín bajo *tripalium*, palabra que denominaba un instrumento de tortura empleado en la Edad Media. Esto nos indica la idea de castigo dado al trabajo en ciertas épocas. Asimismo, en el Antiguo Testamento, Dios condena a Adán a sacar los frutos de la tierra con “grandes fatigas” y a ganarse el pan con el sudor de su frente (Génesis 3:17,19).

Para los antiguos el trabajo era una actividad propia de los esclavos (Aristóteles, *Política*, Libro I, cap. II). Pero ese concepto fue cambiando con la modernidad hasta calificarlo como la exteriorización consciente

* Abogado Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Catedrático en posgrado en la Universidad del Rosario y la Universidad Externado de Colombia. Conjuez Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Bogotá. Asesor en Derecho Laboral y Seguridad Social.

de la energía humana que tiene como meta conseguir la satisfacción de una necesidad. Por esta razón, se le señala un fin útil, que descarta prácticamente el trabajo que no cumple con ese propósito.

Según la finalidad, el trabajo puede ser de carácter económico, cultural, productivo, improductivo, individual, colectivo, artesanal, industrial, libre, regalado, manual, mecánico. Hoy en día diremos que también es virtual, remoto o a distancia, incluso, como la discutida actividad autónoma de los domiciliarios, labores que han adquirido una connotación tal producto de la pandemia, donde se habla ya de la gran transformación del trabajo y su impacto sobre nuestra tradicional norma laboral del trabajo dependiente.

En todo caso, las diferentes formas de trabajo libre son todas voluntarias, en contraposición al trabajo obligatorio, como el trabajo esclavo o el que se desarrolla en las cárceles como medio de resocialización de los presos, de ahí que el término *trabajo voluntario* se presta a interpretaciones que no necesariamente expresan lo que aquí queremos significar: se trata en este análisis del llamado trabajo de voluntariado, que algunos también denominan gratuito, benévolo, regalado, etc., donde prima en esencia la gratuidad de la labor, por diferentes razones, que pueden ser altruistas, benéficas, colaborativas con una causa común, que no deja réditos o ganancias a quienes contribuyen con su esfuerzo intelectual y manual a una causa.

El concepto tradicional del trabajo, desde el punto de vista del derecho laboral, que se regula, por lo general, en las diferentes legislaciones, es el ejecutado de forma libre y voluntaria, que excluye la fuerza ejercida para lograrlo, por cuanto violenta la voluntad humana.

Hoy en día el trabajo se define como toda actividad humana, libre, voluntaria, personal, subordinada y remunerada. La legislación en este sentido se ha quedado atrás de la realidad evolutiva de la actividad laboral, pues existe actualmente una marcada tendencia hacia la labor productiva autónoma o la llamada *empleabilidad* o a tener una ocupación, sin perjuicio de que su actividad sea dependiente o independiente, lo que en disposiciones extralaborales se ha venido imponiendo como objeto de fomento del trabajo y el empleo, independientemente de su regulación jurídica.

La doctrina italiana, como bien sabemos, creó el concepto de la llamada parasubordinación (Lunardón Fiorella: “La subordinazione”, en *Diritto del Lavoro*, volumen secondo, Utet Giuridica, segunda edizione, 2007, pp. 38 y ss.) para distinguir una especie de labor que se desarrolla en esa zona gris existente entre el trabajo dependiente y el independiente, que se precisa como la categoría del trabajo de colaboración continuada y coordinada, constituida por la relación que surge de un trabajo autónomo con un empresario que se erige en su único contratante, pero sin ser su subordinado. Esta categoría toma notas distintivas propias del trabajo dependiente, como la continuidad del servicio, la remuneración única, la coordinación del trabajo, la prestación personal del servicio, etc., y surge especialmente de la prestación de servicios profesionales de abogados, contadores, agentes comerciales, médicos, distribución de productos, transporte de mercancías, entre otras muchas actividades que se prestan por lo general de forma autónoma, lo cual fue objeto de protección en la reforma del Código de Procedimiento Civil de Italia de 1973, que constituye una norma similar, en últimas, a la establecida en nuestro Código de Procedimiento Laboral que en su numeral 6° del artículo 2° le atribuye al juez del Trabajo la competencia general para conocer “Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de los honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive” y que en otras latitudes se ocupa el proceso civil.

Pero, desde luego, se trata de una actividad (llamémosla) en paralelo con el trabajo subordinado, en todo caso remunerada bajo el concepto de honorarios, para diferenciarlos del salario.

2. El trabajo dependiente y sus diferencias con el trabajo voluntario o de voluntariado

Teniendo en cuenta lo anterior, si partimos de la definición que aparece en el artículo 5° del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, el trabajo es “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”.

De esa definición, tenemos que se distingue entre el trabajo dependiente o por cuenta ajena del trabajo independiente o por cuenta propia; aun cuando, como antes lo señalamos, esta clásica división se ve afectada por una creciente actividad del trabajo independiente o autónomo, que ha dado paso a diferentes formas de actividades que generan ingresos, pero que se ejecutan por personas que no tienen una relación laboral dependiente con el beneficiario de esa labor, desarrollada mediante contratos de prestación de servicios o de órdenes de trabajo y las múltiples figuras que existen en el derecho comercial y otras más actuales, como el llamado trabajo de o por colaboración o de domiciliarios o modalidades de transporte de personas, como el Uber, sobre el que se discute internacionalmente si es autónomo o independiente, y donde ya se han producido sentencias en varios países que han calificado esas actividades como dependientes, como los casos recientes en España, Reino Unido o Francia, entre otros, labor que se cumple en conexión con plataformas que ponen en relación a un demandante con un oferente, donde interviene el llamado “colaborador” para llevar a domicilio la compra o el servicio adquirido a través de dichas plataformas o prestar el servicio de transporte individual, punto en el cual se les ha dado una configuración de dependencia o subordinación con el propietario de la plataforma.

Ahora bien, dentro de esta variedad de formas de trabajo, se destaca también el llamado trabajo voluntario o de voluntariado, que es aquel que nace de la voluntad o deseo propio, y no por necesidades ajenas, de contribuir con una causa. Este acto de voluntad conlleva una exigencia y deber de adelantar una actividad en pro o beneficio de terceros sin implicar subordinación alguna y sin esperar nada a cambio más allá de la propia satisfacción de un deber individual cumplido.

La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) caracteriza el trabajo de voluntariado o voluntario como “el que se realiza sin esperar una remuneración a cambio, a diferencia de lo que ocurre con el trabajo retribuido. Por lo general, el trabajo voluntario se desarrolla en una organización sin ánimo de lucro como una ONG”.

Agrega ACNUR que “[...] el voluntario dona su tiempo y sus habilidades para ayudar a otras personas. El trabajo voluntario puede beneficiar a:

intereses comunes de varias personas o grupos de personas; intereses de una organización [...] y es una excelente forma de aprender valores como la solidaridad, el trabajo en equipo, el compromiso, la cooperación, la empatía, la generosidad” (<https://www.acnur.org>).

Para la OIT (*Manual de medición del trabajo voluntario*, Primera edición, 2011, www.ilo.org/publns) “El trabajo voluntario, con frecuencia denominado simplemente como “voluntariado”, es una fuente renovable fundamental para resolver los problemas sociales y de medio ambiente en todo el mundo. La magnitud de dicho trabajo es enorme, y la contribución a la calidad de la vida en todos los países reviste aún mayor importancia. A pesar de esto, se han consagrado pocos esfuerzos continuados a la medición de este tema”.

La OIT agrega que:

Los términos “voluntario” o “voluntariado” no están ampliamente comprendidos en todo el mundo y tienen una variedad de connotaciones negativas en algunas sociedades en las que el voluntariado “forzoso” ha sido una práctica generalizada. En algunas sociedades, “ayudar” o “proporcionar asistencia” es una expectativa de la cultura y el voluntariado no puede ser identificado fácilmente como una forma de actividad distinta. Incluso en contextos en que existe mucho voluntariado, puede ocurrir que los encuestados no reconozcan sus propios actos como algo especial o distintivo denominado “trabajo voluntario”, como una forma opuesta a lo que constituye una parte normal de la vida en comunidad. Mientras el voluntariado es considerado generalmente como una actividad realizada sin remuneración, no es poco frecuente la cobertura de gastos menores de los voluntarios, tales como comidas o la cobertura de gastos menores moderados. Por tanto, es necesario diferenciar dicha cobertura parcial de gastos o la provisión de subsistencia, de la remuneración real.

El *Manual de medición del trabajo voluntario* aporta varias definiciones (p. 13) de trabajo voluntario o voluntariado, como las siguientes:

Toda actividad que implique pasar tiempo, no remunerado haciendo algo que tenga como objetivo beneficiar a alguien (personas o grupos) que sean otros que la familia inmediata o además de los familiares cercanos, o para beneficiar el medio ambiente (National Centre for Social Research and the Institute for Volunteering Research, 2007).

Personas que efectúan un servicio sin remuneración, en nombre de una organización de caridad o sin fines de lucro. Esto incluye cualquier ayuda no remunerada proporcionada a las escuelas, organizaciones religiosas, deportivas o asociaciones de la comunidad (Estadísticas Canadá, 2006).

Trabajo no remunerado realizado para instituciones sin fines de lucro (Bjarne Ibsen, 1992).

Personas que realizan actividades voluntarias no remuneradas [...] mediante o para una organización (Estados Unidos, Oficina de Estadísticas Laborales, 2008).

Trabajo voluntario es el trabajo que realiza una persona voluntariamente que consiste en invertir tiempo al servicio de otras personas o de una causa que no busca beneficios y para el cual no hay remuneración ni pago en especie (Butcher, 2010).

Consagrar tiempo, energía o competencias, voluntariamente y sin ser remunerado.

Los voluntarios ayudan a otros o emprenden actividades principalmente para beneficio del público o para la sociedad. La ayuda a la propia familia no puede ser considerada como una actividad voluntaria (Ministerio del Interior de Estonia, 2006).

Concluye la OIT diciendo que constituye “Una amplia gama de actividades especialmente las formas tradicionales de ayuda mutua y de iniciativa personal, de prestación de servicios y otras formas de participación cívica, efectuadas libremente para el bien del público y para las cuales la remuneración monetaria no constituye la principal motivación” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001).

Como se puede observar, en este amplio surtido de conceptos y criterios diferenciadores del trabajo de voluntariado o voluntario, su distinción con el trabajo subordinado radica en el elemento remuneración salarial, pues en aquellas esa remuneración como contraprestación de un servicio no existe, a pesar de que se otorguen ciertas ayudas o se reconozcan ciertos gastos, generalmente de alimentación, alojamiento y transporte, pero sin que constituya un salario en dinero o especie. La otra distinción es la subordinación: en el trabajo voluntario es inexistente, mientras que constituye el elemento característico por excelencia del trabajo dependiente o subordinado. Vale agregar que el trabajador voluntario está en esa actividad hasta cuando lo decida, mientras que el trabajador dependiente, si bien puede renunciar en cualquier momento, de todos modos, está sujeto al cumplimiento de ciertas ritualidades y obligaciones antes de dejar el empleo, so pena de ser considerado un abandono del cargo.

En un estudio adelantado por el Centro Nacional de Consultoría (<https://www.centronacionaldeconsultoria.com>, 1996), se destaca que en Colombia casi tres de cada diez personas hacen trabajo voluntario, de acuerdo con investigación de La Voz de la Gente, realizada por Gallup International. En ella se cubrió, entre mayo y julio, a 66 países y se realizaron más de 50.000 entrevistas. En Colombia, la mencionada investigación fue realizada por el Centro Nacional de Consultoría. Los resultados muestran que el trabajo voluntario es una tendencia mundial. Al analizar las diversas regiones del mundo, se observa que Norteamérica y África parecen ser más propensas al trabajo voluntario, y Latinoamérica, el Oriente Medio y Europa Oriental, mucho menos propensas. De los resultados se concluye que tienden a hacer trabajo voluntario en mayor proporción los protestantes (41 %) que los católicos (28 %); y los norteamericanos (45 %) y los africanos (40 %) que los latinoamericanos (27 %), a pesar de que Latinoamérica sea una de las regiones más religiosas del mundo. Igualmente, son más propensos a hacer trabajo voluntario los más educados que los menos educados. Aunque la economía nos pinta un mundo regido por la escasez y el egoísmo, el trabajo voluntario muestra que la solidaridad sigue siendo un motor poderoso del ser humano. Naturalmente, en Colombia no hay instituciones que coordinen eficientemente la acción de los cinco millones de personas que hacen trabajo solidario. Y tampoco las hay en el mundo. Una visión optimista

lleva a pensar que el desarrollo de las instituciones que movilicen la solidaridad —un ejemplo de la cual es el trabajo voluntario—, puede crear un mundo menos violento y, definitivamente, más amable para todos. Las instituciones que canalicen el entusiasmo del trabajo voluntario no están suficientemente desarrolladas. Hacerlo resulta una tarea prioritaria. La importancia de la institucionalización para convertir el trabajo voluntario en algo que tenga realmente impacto sobre la vida de la gente puede apreciarse mirando el caso del conocimiento científico y tecnológico que, por mucho tiempo, no tuvo ningún impacto en la productividad, pero, cuando aparecieron las instituciones adecuadas (universidades, laboratorios y patentes), para canalizar su acción hacia la producción, multiplicó por cincuenta la productividad en el siglo XX.

Se anota que este tipo de trabajo a menudo es asociado a diversas causas sociales, como las que llevan a cabo las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y otras instituciones sin fines lucrativos, dígase las misiones o comunidades religiosas, en las cuales las personas deben estar dispuestas a trabajar sin recibir una remuneración a cambio. Son labores o actividades vocacionales bastante comunes entre jóvenes, estudiantes universitarios y, desde luego, entre las personas que emprenden una carrera vocacional espiritual.

Hoy en día, hay muchas causas a las que es posible unirse como trabajador voluntario, como niños en situación de vulnerabilidad, cuidado del ambiente, rescate de animales abandonados, cuidado de personas mayores, docencia, campañas sociales, etc.

3. Institucionalización del trabajo voluntario

La institucionalización del trabajo voluntario se inicia con la creación del Programa de Voluntarios de las Naciones Unidas (VNU) en 1970 a solicitud de la Asamblea General y administrado por el PNUD, que es el principal financiador.

En investigación adelantada sobre el impacto del voluntariado en Colombia, elaborado por UN Voluntarios, DanSocial y la Universidad del Rosario (Convenio No. 039 de 2009), se da cuenta que el Gobierno

nacional, en cumplimiento de las recomendaciones de la Resolución 56/83 de Naciones Unidas, encarga al Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria (DanSocial), la promoción y el desarrollo del voluntariado en Colombia y, aprovechando las buenas relaciones con el Programa de Voluntarios de Naciones Unidas, se reciben los aportes técnicos e insumos para adelantar su labor. Esta se fortalece con el establecimiento del Sistema Nacional del Voluntariado en 2009 en desarrollo de la Ley 720 de 2001.

En un breve recuento histórico, la investigación recuerda que, desde los tiempos de la Colonia, las comunidades religiosas acudían a la promoción del voluntariado como una forma de ayudar a grupos de población necesitada. Se trataba de despertar entre las gentes piadosas actos de caridad para ayudar a los más necesitados. Las llamadas “obras pías” buscaban que los más pudientes donaran propiedades raíces y dinero para destinarlas a la construcción de hospitales, casas de hospicio y casas de recogidas, como una vía para la “salvación eterna”.

Los prestadores de los servicios eran, por lo general, miembros de las comunidades religiosas que contaban con la colaboración de damas y caballeros piadosos que colaboraban con la prestación de los servicios. Ya en tiempos de la República, los gobernantes impulsaron la creación de las llamadas beneficencias, que administraban numerosos bienes públicos o recibidos de particulares que hacían donaciones, instituciones que se fortalecieron, como sucede en Colombia, con la destinación del denominado impuesto de beneficencia que se paga por toda transacción de compra y venta de bienes raíces, recaudos que se hacen hoy en día por un sistema unificado que se cobra en las notarías públicas. Esos dineros van con destino, principalmente, al sostenimiento de los hospitales y escuelas en diferentes regiones del país.

El trabajo voluntario tiene una larga tradición en el país. Su mayor impulso ha sido generado por el conflicto colombiano con la creación de numerosas ONG nacionales e, incluso, con varias extranjeras, que se dedican a apoyar las redes de solidaridad en los territorios azotados por la violencia y en aquellas zonas del país más empobrecidas.

En desarrollo del proceso de institucionalización del voluntariado, el Congreso Nacional expidió la Ley 720 de 2001 que tiene por objetivo promover, reconocer y facilitar la acción voluntaria como expresión de la participación ciudadana, el ejercicio de la solidaridad, la corresponsabilidad social y la reglamentación de la acción de los voluntarios en las entidades públicas y privadas, así como regular sus relaciones.

El Decreto Reglamentario 4290 de 2005 reconoce que en Colombia existe un gran número de organizaciones de voluntariado que agrupan más de 100.000 colombianos, quienes apoyan el desarrollo de la sociedad en temas de vital importancia, como la atención y prevención de desastres, salud, educación, control social, participación ciudadana, entre otros.

Estas disposiciones definen aspectos tan importantes, como los siguientes: i) se define "voluntariado" como "[...] el conjunto de acciones de interés general desarrolladas por personas naturales o jurídicas, quienes ejercen su acción de servicio a la comunidad en virtud de una relación de carácter civil y voluntario", y ii) "voluntario" como "[...] toda persona natural que libre y responsablemente, sin recibir remuneración de carácter laboral, ofrece tiempo, trabajo y talento para la construcción del bien común en forma individual o colectiva, en organizaciones públicas o privadas o fuera de ellas".

Agrega la norma en cuestión, que son organizaciones de voluntariado, "[...] las que con personería jurídica y sin ánimo de lucro tienen por finalidad desarrollar planes, programas, proyectos y actividades de voluntariado con la participación de voluntarios". Y las llamadas Entidades con Acción Voluntaria (ECAV) "[...] aquellas que sin tener como finalidad el voluntariado, realizan acción voluntaria". Finalmente, la ley define las actividades de interés general como aquellas dedicadas a labores "[...] asistenciales de servicios sociales, cívicas, de utilización del ocio y el tiempo libre, religiosas, educativas, culturales, científicas, deportiva, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de defensa del medio ambiente, de defensa de la economía, o de la investigación y similares que correspondan a los fines de la Acción Voluntaria". El Decreto 4290 de 2005 traza la reglamentación del Sistema Nacional de Voluntariado, asignándole al DanSocial el acompañamiento de la organización del sistema.

Por medio de la Ley 1505 de 2012 se dispuso la creación del subsistema nacional de voluntarios de primera respuesta a los voluntarios de Defensa Civil Colombiana, Cuerpos de Bomberos y la Cruz Roja Colombiana. Se persigue fortalecer a los voluntarios en tareas de intervención en una emergencia o desastre, otorgándoles becas e incentivos.

Si comparamos esta definición con la dispuesta en la Ley 45 de 2015 de Voluntariado de España, tenemos que en su artículo 3 se entiende por voluntariado el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, siempre que reúnan los siguientes requisitos: que tengan carácter solidario; que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico y sean asumida voluntariamente; que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material, sin perjuicio del abono de los gastos reembolsables que el desempeño de la acción voluntaria ocasione a los voluntarios de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2.d; que se desarrollen a través de entidades de voluntariado con arreglo a programas concretos y dentro o fuera del territorio español, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21 y 22. De igual manera, en el numeral tercero de dicho artículo se señala las actividades que no tendrán la consideración de actividades de voluntariado, como por ejemplo, las aisladas o esporádicas, las prestadas al margen de entidades de voluntariado, las ejecutadas por razones familiares o de amistad, las que se realicen en virtud de una relación laboral, funcional, mercantil o de cualquier otra mediante contraprestación de orden económico o material, etc.

Ahora bien, indicadas las notas sobresalientes de estas dos legislaciones, desde el punto de vista jurídico, se discute sobre las llamadas zonas grises que pueden existir entre el trabajo voluntario y las relaciones laborales. En un trabajo adelantado por Humberto Javier Hernández Llorente (*La política de voluntariado en Colombia: entre la legalidad y la legitimidad social*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencia Política, 2016), el autor, a más de plantearse que exista una conceptualización más precisa alrededor del voluntariado, del cual afirma que nunca es una realidad neutra, sino que está situada dentro de la historia concreta, alberga tensiones, debates y contradicciones entre diversos poderes que pretenden construir una imagen del voluntariado al gusto de todos, y

agrega que desde comienzos del siglo XXI el voluntariado ha vivido un boom, por contar cada día con un mayor número de personas que se involucran en actividades que contribuyen a generar una transformación, especialmente, en los sectores más vulnerables.

Y es aquí donde el autor anota con preocupación que, ante el aumento del número de personas dispuestas a participar en actividades de esta naturaleza, más allá de promover valores cívicos, movilidad social e integración en la sociedad, ha traído un problema grave que resolver: ¿cómo distinguir una relación laboral de una relación voluntaria? Estas zonas grises hacen que muchas veces la acción estatal, cuya misión es salvaguardar la sociedad de situaciones que exigen una máxima intervención, con la contribución que hagan las organizaciones de voluntarios que muchas veces logran que se precarice la remuneración de quienes laboran en esos servicios públicos, que hace necesario que el debate se centre en la retribución como un auxilio o un apoyo para la alimentación, o una retribución que en veces se confunda con un salario, el tiempo dedicado, la subordinación a un horario de trabajo y la obligatoriedad, que pueda llevar a generar verdaderas relaciones laborales dependientes.

También distingue el autor que debe fijarse una delimitación del voluntariado con otras actividades de tipo social, como aquellas que se hacen por caridad y filantropía; o con la llamada labor de responsabilidad social empresarial, como una manera que tienen las empresas de contribuir con el desarrollo de la sociedad o su entorno cercano, como la zona o el barrio donde están ubicadas.

En una rápida revisión del tema, atendidos los comentarios recibidos de varios colegas de la región, el panorama de América Latina es el siguiente:

Según el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a la sociedad o a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos a los planteados en la relación laboral”.

Claramente es la ley la que determina la exclusión de la relación laboral a ciertas actividades que escapan al ámbito jurídico de dependencia ligado a una finalidad lucrativa, generalmente del empresario, que explota una actividad económica y contrata trabajadores a su servicio, mientras que, en las actividades vocacionales, ajenas a un fin de lucro, no son objeto de la relación laboral. Sin embargo, agrega Hernández que, en Venezuela, por ejemplo, en los programas sociales gubernamentales denominados "misiones" se ha generalizado el uso de un "trabajo voluntario" que no es tal. Son personas que cumplen un horario completo, que tienen a su cargo el desarrollo de la actividad del programa, que reciben un pago en dinero que el gobierno dice que no es salario, pero ellos trabajan porque necesitan ese pago para vivir. Es decir, la causa de su vinculación jurídica es la obtención de una remuneración y no simplemente el deseo de prestar un servicio social. En fin, el voluntariado se está usando como un instrumento de fraude laboral. Anota que algo de esto también puede suceder en Cuba.

En Costa Rica informa Alexander Godínez que no existe regulación legal sobre el trabajo voluntario. Sin embargo, en sentencias de los jueces y de la Corte Suprema se ha definido el trabajo voluntario de la forma como antes lo señalamos.

En México Carlos De Buen Unna informa que no existe disposición que se refiera al trabajo voluntario, a pesar de que en algunas instituciones lo utilizan o lo han utilizado, como la Cruz Roja Mexicana. También existe el llamado trabajo *pro bono* por el que algunos profesionales prestan servicios gratuitos que suelen estar reglamentados por los colegios correspondientes, aunque suelen hacerlo más los despachos a través de sus empleados a sueldo que los propios profesionales.

Otra modalidad hace referencia al servicio social que deben cumplir los estudiantes en las universidades, que no es remunerado, pero tampoco se puede considerar como voluntario, pues son requisitos establecidos para culminar una carrera profesional. No existen pronunciamientos sobre la materia por la Suprema Corte de Justicia. En todo caso, si no se trata de un trabajo remunerado, no hay relación de trabajo.

Héctor Omar García nos dice que en Argentina el trabajo voluntario se encuentra regulado por la denominada Ley Nacional de Voluntariado Social, nro. 25.855, de enero de 2004. Esta ley define, en su artículo 3°, el trabajo de “voluntarios sociales” del siguiente modo:

Artículo 3° —Son voluntarios sociales las personas físicas que desarrollan, por su libre determinación, de un modo gratuito, altruista y solidario tareas de interés general en dichas organizaciones, sin recibir por ello remuneración, salario, ni contraprestación económica alguna.

No estarán comprendidas en la presente ley las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad y aquellas actividades cuya realización no surja de una libre elección o tenga origen en una obligación legal o deber jurídico.

Este régimen constituye una excepción con respecto a la regulación general del trabajo, plasmada en la Ley de Contrato de Trabajo (n° 20.744, texto ordenado en 1976). Esta Ley establece en su art. 115 que “El trabajo no se presume gratuito”. Dicha presunción engrana de manera coherente con otras normas de la LCT, como el artículo 4°, que enuncia el *Concepto de trabajo* en su primera cláusula, en estos términos: “Artículo 4° — Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración”. Y el artículo 5°, cuyo primer párrafo define a la empresa y determina que, a los fines del derecho del trabajo, quedan incluidas en el concepto legal las entidades constituidas con propósitos benéficos, dice así:

Art. 5° — Empresa-Empresario. A los fines de esta ley, se entiende como “empresa” la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama “empresario” a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la “empresa”.

Teniendo en cuenta lo precedente, el trabajo voluntario requiere un preciso deslinde judicial de los casos en que existe *contrato* o relación de trabajo, cuyas definiciones consignan, respectivamente, los artículos 21 y 22 de la LCT.

Art. 21. — Contrato de trabajo. Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

Art. 22. — Relación de trabajo. Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

Complementariamente, el artículo 25 LCT proporciona la definición legal del trabajador: “Art. 25. — Trabajador. Se considera ‘trabajador’, a los fines de esta ley, a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación”.

La excepción a estas normas que prevé la LCT se encuentra en el trabajo familiar. Dicha ley exceptúa de la aplicación del propio ordenamiento laboral común a “las sociedades de familia entre padres e hijos” (art. 27, segundo párrafo, de la LCT).

Sobre pronunciamientos judiciales, merece destacarse una (cuestionable) sentencia de la Corte Suprema de Justicia, dictada en la causa Correcher Gil, Dolores c/REMAR Argentina Asociación Civil s/despido del 24/04/2018 (Fallos: 241:416), en la cual el máximo tribunal federal consideró que hubo relación laboral entre una persona humana y una ONG dedicada a recuperar adictos.

La Corte sostuvo que el tribunal de grado inferior (la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo) había ignorado pruebas que indicaban que las características de la relación y de la prestación de servicios eran propias de un voluntariado y no de una relación de dependencia.

La parte actora afirmó en su demanda que había concurrido a la ONG demandada para realizar un tratamiento, pero que, con posterioridad, había comenzado a prestar tareas en relación de dependencia, precisando que la ONG le cubría los gastos de manutención y vivienda y le proporcionaba un automóvil y dinero en efectivo. La Cámara había admitido el planteo con fundamento en que la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.

La Corte, por mayoría de tres sobre cinco miembros, descalificó el pronunciamiento de la Cámara, afirmando que, si bien hubo prestación de servicios, esta tuvo lugar en el contexto de un "voluntariado social" para "colaborar y ayudar en las tareas de necesidad", y que la demandante formaba parte de la organización en la que todas las prestaciones eran "ad honorem".

En la obra de Manuel Carlos Palomeque y Manuel Álvarez de la Rosa (*Derecho del Trabajo*, vigésima séptima edición, Editorial Universitario, 2019, p. 506), se traen a colación los trabajos en el cumplimiento de fines benéficos de la orden religiosa a la que pertenecen por tener un móvil de una prestación desinteresada, los cuales puede girar también en torno a empresas ideológicas, partidos, sindicatos, agrupaciones artísticas, organizaciones no gubernamentales, etc., quedando comprendida la actividad de voluntariado, entendido como participación solidaria de ciudadanos en el seno de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro.

La Constitución de la República de Cuba define en su artículo 45:

El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano. El trabajo es remunerado conforme a su calidad y cantidad; al proporcionarlo se atienden las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador y su aptitud y calificación; lo garantiza el sistema económico socialista,

que propicia el desarrollo económico y social, sin crisis, y que con ello ha eliminado el desempleo y borrado para siempre el paro estacional llamado "tiempo muerto".

La Constitución reconoce "[...] el trabajo voluntario, no remunerado, realizado en beneficio de toda la sociedad, en las actividades industriales, agrícolas, técnicas y de servicio, como formador de la conciencia comunista de nuestro pueblo. Cada trabajador está en el deber de cumplir cabalmente las tareas que le corresponden en su empleo".

En esta definición se observa que existe una especie de trabajo voluntario "obligatorio" para cumplir tareas en pro de la sociedad cuando sea convocado para tal fin, como sucedió con las famosas zafras azucareras, los llamados Comités de Defensa de la Revolución, y otras tareas que tienen fines benéficos de acuerdo con la sociedad socialista en construcción.

Antonio Martín Valverde (España) nos dice que el denominado trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad se define como aquel en el que concurre normalmente la nota de ajenidad y puede que también la nota de dependencia, pues se prestan por cuenta o para beneficios de otros, pero su causa no es la obtención de ganancia, sino la ayuda mutua o la colaboración altruista, por lo que carecen de la remuneración típica del trabajo asalariado. Esta exclusión se refiere a grandes supuestos como los trabajos realizados en favor de una persona, debido a amistad o buena vecindad, que normalmente son gratuitos, o a una comunidad. A manera de una primera conclusión, podemos decir que se trata de una labor de desprendimiento de la persona en pro del beneficio social o de un grupo de personas o de una actividad altruista, como los diferentes ejemplos que se han dado, donde no obtiene ninguna remuneración salarial, salvo que reciba ayudas para su manutención, alojamiento, transporte, pero se trata de una actividad gratuita en un todo y donde no exista una simulación para ocultar en el fondo un vínculo laboral dependiente.

4. Algunas decisiones judiciales en Colombia

Varias decisiones judiciales se han proferido en Colombia por las Altas Cortes sobre esta actividad:

1. En Sentencia T-073 de 1998, la Corte Constitucional examinó el deber de una entidad de asistencia humanitaria de garantizar derechos de reservarse la admisión como voluntarios, cuando se trata de actividades peligrosas. Dijo la Corte:

Las personas jurídicas, que permiten a los individuos de buena voluntad participar en su causa social, tienen el derecho de reservarse la admisión del aspirante como voluntario cuando, dependiendo de la actividad que se desarrolla, deben seleccionar a su equipo de trabajo de acuerdo con las capacidades, destrezas o, incluso, la formación académica que se requiere para el éxito de la tarea que se ha propuesto llevar a cabo. Lo anterior se establece con el objeto de ser diligentes en la selección de dicho personal, pues si una persona jurídica dentro de su ayuda humanitaria tiene tareas que generen actividades peligrosas o de alto riesgo deben tener un grupo de voluntarios que puedan ejecutar las mismas y, además, disponer de los medios o instrumentos necesarios para garantizarles los derechos fundamentales a estos voluntarios que han sido admitidos como tales.

Esta decisión se adoptó con motivo del accidente sufrido por un voluntario de la Cruz Roja Colombiana cuando se le solicitó su apoyo para transportar de noche y en un vehículo particular a dos heridos, y con motivo del daño mecánico del automotor, salió a la carretera a buscar ayuda con la mala fortuna de caer a un barranco de siete metros de altura, con grave afectación a su integridad personal que lo dejó discapacitado. Señaló la Corte que para ser voluntario de una entidad de asistencia humanitaria se requiere tanto buena disposición para colaborar en una misión social como haber sido admitido, ya que se les debe garantizar a los voluntarios sus derechos fundamentales. Más adelante, se refirió al caso de la responsabilidad civil extracontractual como un medio judicial del que dispone el voluntario para exigir la indemnización proporcional al daño causado por una actividad peligrosa, por lo que el ciudadano

afectado tiene derecho a la atención médica requerida adecuada e inmediata, pues las posibles consecuencias secundarias podrían afectar aún más su salud, por lo que la Cruz Roja Colombiana debe ofrecerle al afectado, los servicios médicos de prevención y rehabilitación necesarios, para que alcance sus óptimos niveles de funcionamiento síquico, físico, fisiológico, ocupacional y social.

2. Sobre el carácter voluntario de una actividad como la del Cuerpo de Bomberos, la Sala Laboral de la Corte, en Sentencia Rad. 36238 de mayo 31 de 2011, asentó lo siguiente:

De la literalidad de derechos y prohibiciones, bien podría decirse que se trata de trabajo como actividad personal de aquella que la ley laboral protege, porque se debe observar un horario, una actividad y unas órdenes, pero para la Sala dicho catálogo constituye el faro orientador de la institución y sin su acatamiento no se cumpliría el objetivo social para lo (sic) que fue creada.

Sin embargo, señaló más adelante:

El análisis de las pruebas agregadas al plenario, entre ellas obviamente el propio dicho del actor sobre su voluntariedad para hacer el curso de bombero y prestar sus servicios de manera desinteresada, en lo que se refiere al aspecto económico, como quiera que el ingreso y la permanencia en dichas actividades demandan de manera clara la disponibilidad y el deseo de servicio a la comunidad, permiten a la Sala concluir que no se está en presencia de un contrato de trabajo, como el reclamado por la parte actora. El objetivo y norte claro de la institución demandada, impone una organización jerárquica que debe respetarse, una actividad que debe cumplirse, ya se vio que los estatutos regulan de manera clara y precisa desde la vinculación hasta las sanciones, como cualquier empresa, de las conductas de las unidades bomberiles, que no acaten y respeten los postulados, los deberes y los derechos que la institución ha adoptado, sin que por ello, de este (sic) en presencia del elemento subordinación reclamado por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

De los apartes transcritos del fallo impugnado se desprende que el tribunal no pasó por alto que en la actividad que adelantó el actor podían existir algunos rasgos que, normalmente, podrían ser catalogados como demostrativos de subordinación laboral, pero descartó la existencia de un contrato de trabajo por la voluntariedad del trabajo prestado y el interés desinteresado en hacerlo, desde el punto de vista económico, y por la naturaleza de la entidad demandada, que requería de una organización jerárquica, que debía respetarse. Correspondía, entonces, al recurrente destruir esos soportes del fallo impugnado, cometido que, desde la perspectiva estrictamente fáctica, que es la que orienta los dos primeros cargos, no se cumple [...].

3. En Sentencia de Casación SL9197-2017, Rad. 51272, de 21 de junio de 2017, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el proceso laboral adelantado por una persona que desempeñaba las actividades de diaconado y presbiterado en la Iglesia Pentecostal Dios es Amor en Colombia, que perseguía la declaratoria de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, terminado por causas imputables al empleador, el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, dotaciones de ropa de trabajo, aportes de seguridad social e indemnización por el no pago de las cesantías y el despido sin justa causa y la Iglesia respondió que las actividades adelantadas por el diácono y presbítero no son cargos, sino misiones que ejercen de manera voluntaria algunos miembros de la Iglesia cuando han alcanzado el grado de preparación necesaria y tienen la vocación para hacerlo y que así se consagra en los estatutos.

En esta oportunidad, la Sala de la Corte consideró que en las organizaciones de tendencia, como son denominadas por la doctrina extranjera en la disciplina del derecho del trabajo y en la seguridad social, que tienen como fin esencial o determinante la difusión de su ideología, pensamientos o creencias, y se concretan, en forma determinante, entre otros, en partidos políticos, organizaciones humanitarias, ordenaciones religiosas, como las Iglesias, en las que no puede hablarse jurídicamente de contrato de trabajo, pues la actividad realizada es en beneficio de un propósito común, como el

de una congregación, están arraigadas en el impulso de la gratuidad o sujetas a un sentido espiritual, todo ello extraña a las relaciones jurídicamente reguladas, pero en todo caso no son ajenas al ámbito de protección de los derechos fundamentales.

Así que ningún equívoco al apreciar esas pruebas pudo derivarse del juzgador de segundo grado, en cuanto entendió que el trabajo tiene un contenido más amplio que el que abarca el derecho laboral, pues en él están inmersas actividades humanas que no son subordinadas o que no tienen un ánimo de contraprestación, antípoda del que emerge de la contratación [...]. Esta línea es la que ha mantenido esta Sala de la Corte, entre otras, en decisión SCL5638 de 27 de mayo de 1993, donde señaló que [...] en la vinculación del actor en aquel juicio con la iglesia fue con el ánimo de estudiar el evangelio y predicarlo, entregándose a la obra del Señor, por lo que no hubo intención de sostener un vínculo de carácter laboral [...].

La Sala de la Corte casó la decisión en cuanto que el deber de solidaridad de la Iglesia con los principios de la seguridad social le imponía la obligación de asumir el pago de las cotizaciones para amparar el derecho a una pensión futura en su condición de religioso del actor.

4. En Sentencia SL2610 de 1° de julio de 2020, Rad. 64796, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia de casación en el caso de un presbítero vinculado a la Pía Sociedad Salesiana Inspectoría San Luis Beltrán, donde expuso en demanda ordinaria que le asiste el derecho a la pensión de vejez por haber cumplido con los requisitos establecidos en la ley (Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por Decreto 758 de 1990), de acuerdo con la remuneración asignada al grado doce del Escalafón Nacional Docente, más el incremento del 25 % por haber ejercido el cargo de rector, que se le debe reconocer a partir del 11 de octubre de 2004, cuando cumplió 60 años. Relató que prestó servicios como docente y/o rector en varios colegios salesianos desde 1967 hasta 1996 y agotó todo el procedimiento académico y vocacional para acceder a la profesión religiosa. En su defensa la demandada manifestó que

es una entidad religiosa sin ánimo de lucro, solidificada bajo los principios que tuvo en cuenta la sociedad San Francisco de Sales en referencia a la constitución que la rige; negó la relación laboral con el actor, aclarando que se vinculó a la comunidad religiosa en 1956, que optó por los estudios religiosos y en 1961 inició el noviciado hasta 1972 cuando fue ordenado presbítero y, finalmente, en 1998, solicitó la *absentia a domo* y se retiró de la comunidad. El juez de primera instancia absolvió a la enjuiciada y la Sala Laboral del Tribunal Superior la confirmó.

Arribado el proceso a la Sala Laboral de la Corte, se pronunció en la sentencia referida y más allá de los yerros jurídicos hallados al planteamiento de la demanda de casación, considera la Sala que en el presente caso no se discute que el actor prestó el servicio como docente, director o rector en los establecimientos educativos mencionados en la demanda, que no fue desconocido por la enjuiciada, pero la labor ejercida por el demandante fue en calidad de religioso y en razón de sus votos sacerdotales en favor de la congregación salesiana de la que hacía parte, por lo que no se está ante la presunción de existencia de un vínculo laboral dependiente, ya que tuvo su origen en su carácter puramente espiritual, ligada a su vocación y compromiso religioso. Del análisis probatorio recordó la Corte que en desarrollo de los estatutos de la comunidad religiosa es claro que surge como propia y conexas de la actividad misional y religiosa su labor docente y, para estos efectos, rememoró sentencias de esa Sala de la Corte que datan desde 1993, donde se analizó el caso de un pastor de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, como otro de 2004 de un fraile vinculado a la Universidad Santo Tomás de la Comunidad de los Dominicos, donde señaló que su solución se enmarca en el Derecho Canónico, por lo que se llega a la conclusión de que en el caso en estudio no concurrían los elementos del contrato de trabajo y, por tanto, no casó la sentencia impugnada por el actor.

Sin embargo, la Sala de la Corte recordó, con total independencia de la conclusión a la que llegó el juez de alzada, que lo que no puede evadir la comunidad religiosa, en aplicación a los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, es el respeto a los derechos a la

seguridad social en pensión reclamados, puesto que le correspondía a la Comunidad analizar si la congregación religiosa estaba o no en la obligación de afiliar o no al demandante al sistema de pensiones, teniendo en cuenta que esta protección no nace necesariamente del vínculo laboral, sino que se extiende a todo tipo de relaciones por el solo hecho de ser ciudadano y en esa medida no escapa al ejercicio de una determinada labor misional o sacerdotal, que fue dispuesto por el Acuerdo 41 de 1987 aprobado por el Decreto 2419 del mismo año para extender la cobertura de los seguros obligatorios a los sacerdotes y miembros de las comunidades religiosas de la Iglesia católica, ampliada más tarde por la Ley 100 de 1993 a todos los habitantes del territorio nacional en aras de garantizar el otorgamiento de una pensión a fin de ampararlos de las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

5. Conclusiones

Bajo esos lineamientos se puede concluir que en Colombia la actividad de voluntariado, que puede ser por razones de ayuda desinteresada a terceros, como también a la pertenencia a comunidades religiosas, por vocación espiritual que se dedica a labores voluntarias, donde una persona se compromete en forma libre y espontánea a adelantar tareas en forma desinteresada y sin remuneración alguna, a pesar de que pueda recibir algunos auxilios cuando se encuentra en ejercicio de esa labor, como gastos de alimentación, alojamiento, uniformes, etc., que no tienen el carácter de remuneración en dinero ni en especie, no escapa a la debida protección a la seguridad social en pensiones.

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales, las entidades u organizaciones de voluntariado deben tener presente el cumplimiento de dos cuestiones esenciales para el desarrollo de sus objetivos: la primera, ser selectivos con los voluntarios que se vayan a dedicar o prestar colaboración en actividades de alto riesgo, debiendo seguir los lineamientos de protección en actividades peligrosas, trabajos en alturas, conducción de vehículos, rescate de personas, etc.

Y la segunda, que, sobre la base del carácter de derechos fundamentales de acceso a la seguridad social en desarrollo del principio de solidaridad, esas entidades y comunidades están obligadas a afiliar a los voluntarios vocacionales al sistema general de seguridad social en salud, pensiones y, si se quiere, en riesgos laborales.

Por lo demás, es claro que, de acuerdo con los lineamientos trazados por diferentes legislaciones (directrices de ACNUR, OIT y otras), el trabajo de voluntariado o voluntario (que se realiza sin esperar una remuneración a cambio, a diferencia de lo que ocurre con el trabajo retribuido), se desarrolla por lo general en una organización sin ánimo de lucro, como una ONG.

Remata este criterio definitorio lo expuesto por la OIT al definir el trabajo de voluntariado como toda actividad que implique pasar tiempo no remunerado haciendo algo que tenga como objetivo beneficiar a alguien (personas o grupos) que sean otros que la familia inmediata o además de los familiares cercanos o para beneficiar el medioambiente. Es decir, se trata de una labor gratuita, que es donde reside su carácter definitorio y distintivo del trabajo subordinado asalariado.

El trabajo autónomo

Jaime Cabeza Pereiro

EL TRABAJO AUTÓNOMO

Jaime Cabeza Pereiro*

Sumario: 1. La generalización del trabajo autónomo. 2. Tendencias globales. 3. En particular, la subcontratación. 4. Tendencias en Europa y España. 5. Elementos conceptuales. 6. La condición de empresas de los trabajadores autónomos: la autonomía en el mercado. 7. Sobre el predominio de la dependencia y el papel de la ajenidad. 8. La conveniencia de las categorías intermedias. Un análisis empírico del caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. 9. TRADE y otros autónomos. 10. Un par de ideas sobre los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. 11. Conclusión.

1. La generalización del trabajo autónomo

Los primeros lustros de este siglo han traído consigo un crecimiento en proporción geométrica del trabajo autónomo. Los motivos hay que buscarlos en una pluralidad de factores desencadenantes, de los cuales el deseo de las empresas de no asumir responsabilidades y riesgos laborales es uno de los más decisivos¹. Han tenido quizá más importancia los grandes cambios en los sistemas productivos que se han gestado a partir de la década de los ochenta del pasado siglo, han emergido en la de los noventa y se han desarrollado a lo largo de los últimos veinte años. Últimamente, la eclosión de la economía de plataforma ha polarizado bastante el debate en torno a ella, pero no es sino un episodio adicional de un proceso más complejo y global, que ha removido los pilares de los sectores primarios de la industria y los servicios.

* Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Vigo. Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1 Un interesante análisis desde la perspectiva económica en U. Muehlberger y S. Bertolini, "The organizational governance of work relationships between employment and self-employment", *Socio-Economic Review*, n.º 6, 2008, especialmente en p. 465.

En efecto, los reductos tradicionales del autoempleo han sufrido importantes cambios. Puede proponerse el ejemplo del empleo agrario, quizá uno de los escenarios en los que clásicamente los trabajadores por cuenta propia alcanzaron una fuerte implantación, cuando menos en algunas zonas geográficas. O, más claramente, el comercio minorista, que quizá haya sido el ámbito de mayor desarrollo del autoempleo. En ambos sectores, las grandes corporaciones han penetrado y han absorbido gran parte de la actividad, pero han convivido con los tradicionales profesionales por cuenta propia, a través de diversas modalidades de colaboración que, en los más de los casos, sitúan a estos como agentes productivos a través de contratos diversos de prestación de servicios². Puede expresarse, por consiguiente, que los acuerdos comerciales entre ambas partes han permitido, en términos generales, una convivencia de unos y otros agentes de producción, pero en todo caso a través del liderazgo de estas nuevas entidades que, a la postre, han pasado a dominar el mercado.

La convivencia entre los autónomos y dichas corporaciones se ha desarrollado masivamente a través de la subcontratación. En las últimas capilaridades de las redes de subcontratación se ubican frecuentemente profesionales vinculados por relaciones no laborales cuya autonomía es, como mínimo, bastante discutible. Obviando por ahora el problema de la posible elusión fraudulenta de la normativa laboral, cuyas connotaciones exceden ampliamente el problema de la subcontratación, conviene poner de manifiesto la diversidad y polimorfismo de estos contratos civiles o mercantiles³. La centralidad del tradicional contrato de ejecución de obra ha quebrado y ha sido reemplazada por una miríada de contratos nominados e innominados, de régimen jurídico cambiante, impreciso, inseguro y casi siempre poco transparente. Todas estas características van, por supuesto, en detrimento de la parte más débil del contrato, de modo que se generan unas relaciones autónomas cada vez más vulnerables.

A la par que las grandes corporaciones penetran y dominan los mercados generalmente ocupados por los trabajadores autónomos, estos acceden a actividades que tradicionalmente les estaban vedadas. En particular, la industria, como actividad que casi siempre estuvo desarrollada por

2 Véanse estas transformaciones en F. Valdés Dal-Ré, "Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo", *Relaciones Laborales*, n.º 7, 2008.

3 Insistiendo en esta idea, F. Valdés Dal-Ré, *op. et loc. cit.*

empresas —de tamaño normalmente apreciable— que ocupaban a trabajadores subordinados, se convierte en un ámbito permeable a aquellos cuando se generalizan las técnicas organizativas relacionadas con la descentralización productiva. A través de ella, y generalmente en los últimos eslabones de la cadena, afloran relaciones de prestación de servicios por cuenta propia. Sobre ellas habrá que reflexionar más adelante acerca de la auténtica relación —dependiente o autónoma— que traban con las grandes corporaciones en beneficio de las que desarrollan su actividad. Por ahora, basta con describir el importante contingente de personas que trabajan con relaciones que, al menos desde un prisma formal, no son de contrato de trabajo.

Ahora bien, no puede olvidarse que hay un sector industrial característico en el que ha sido tradicional la presencia de trabajadores autónomos. En concreto, en la construcción, el recurso clásico a la subcontratación ha sido una palanca de integración del trabajo autónomo desde hace largas décadas⁴. Probablemente, la nítida división de tareas, que facilita cierta especialización en las diversas fases de desarrollo de una edificación, ha promovido que se haya generalizado el contrato de ejecución de obra, paradigma de relación mercantil del trabajador autónomo con una empresa. No es casual que sea precisamente en este sector en el que con más vigor se mantenga en sus rasgos tradicionales dicho contrato mercantil típico.

Otro fenómeno contemporáneo imposible de obviar consiste en el impacto importante de las cadenas globales de producción y suministro, que producen un desplazamiento de los centros de actividad a la periferia, ya geográfica, ya de la cadena en sí misma considerada⁵. En consecuencia, en sus últimas capilaridades prolifera un tipo de relación de trabajo colindante entre el subordinado y el autónomo. Se trata de un fenómeno que, además, produce un trabajo desprovisto de protección

4 En particular, sobre este sector en relación con la subcontratación, J. García Murcia y I. A. Rodríguez Cardo, “Especificidades de la subcontratación de trabajadores autónomos en el marco de la externalización de actividades”, en VV. AA. (dir. J. L. Monereo Pérez y S. Perán Quesada), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares (Granada, 2018), pp. 223 ss.

5 Un estudio fundamental sobre ellas, W. Sanguineti Raymond, “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras”, en VV. AA., *El futuro del trabajo. Cien años de la OIT*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (Madrid, 2019), pp. 23 y ss.

por el doble motivo de la incertidumbre del vínculo y la ley aplicable a este, en demasiadas ocasiones un sistema jurídico insuficientemente garantista o con pobres resortes de coactividad.

A esto se suma el emergente fenómeno de la economía de plataforma, en sus diversas modalidades, que amplifica las dificultades de calificación del vínculo y produce una disociación intensa del trabajo entre el mundo real y el virtual⁶. Por supuesto que esta disociación es previa al advenimiento de las relaciones de producción características de dicha economía, desde el auge de Internet, pero se ve amplificada con el mayor desarrollo de las TIC. Se generan nuevos escenarios en los que, al menos desde una perspectiva formal, se alejan las relaciones profesionales que se entablan bajo la cobertura del derecho del trabajo, por más que dichas relaciones se caractericen por una intensa precariedad y por su inclinación hacia albergar situaciones abusivas de las que son víctimas propiciatorias los colectivos de personas más vulnerables.

Calificado en su globalidad el panorama así descrito, puede decirse que el progresivo crecimiento del trabajo autónomo tiene mucho que ver con una tendencia al extrañamiento o la alienación del trabajador en relación con la empresa. O, por expresar la misma idea desde la perspectiva del sujeto agente, la empresa se despreocupa del trabajador que presta servicios para ella, como un elemento —factor— de producción que no es de su incumbencia⁷. Por supuesto que se trata de una vieja historia, renovada en contextos modernos, que encuentra fácil parangón en los albores de nuestra disciplina hacia finales del siglo XIX.

2. Tendencias globales

El clásico establecimiento industrial, de estructura sólida y monolítica, bajo cuyo techo prestan servicios un número considerable de trabajadores, conforma una unidad productiva tradicional que, desde luego, perdura y sostiene gran parte del sector industrial en la actualidad. Sin embargo, este paradigma, totalmente dominante años atrás, está

6 Acerca de esta disociación, J. Cabeza Pereiro, "Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía", *Revista de Derecho Social*, n.º 86, 2019, pp. 63 y ss.

7 Nuevamente conviene, desde la perspectiva económica, la cita de U. Muehlberger y S. Bertolini, *op. cit.*, p. 465.

siendo progresivamente sustituido por otro, caracterizado por unas organizaciones más reducidas, flexibles y adaptables. Puede decirse que la tradicional cadena de mando a partir de la cual se ha descrito la subordinación durante más de medio siglo se ve progresivamente sustituida por una cadena de actividad, cuyos eslabones son organizaciones de más reducido tamaño que desembocan en sujetos individuales que prestan servicios bajo el paraguas de unas relaciones jurídicas más o menos innominadas, pero casi siempre caracterizadas por un nivel de subordinación bastante considerable, como quiera que este se adjetive.

Por consiguiente, debe otorgársele el relieve que merece al crecimiento del autoempleo en el sector industrial. Es un fenómeno silencioso, que fluye en paralelo a otros más noticiables, como la economía de plataforma. Ya no se trata de un mayor o menor dinamismo de las experiencias de economía social, sino de un modo de organizarse de las empresas que propicia mecanismos de colaboración con profesionales independientes⁸. Por supuesto, las situaciones fraudulentas en las que se disimula el contrato de trabajo bajo la apariencia de relaciones civiles o mercantiles explican gran parte de la profusión de los trabajadores por cuenta propia. Sería necio negar el impacto de los fenómenos de huida abusiva y antijurídica del derecho del trabajo y, por más que existan otras explicaciones del auge de las formas de trabajo no dependiente, no debe acallarse dicho impacto.

En efecto, en las relaciones de subcontratación, difícilmente puede sostenerse que no existe cierto grado de dirección y control. En los contratos suscritos entre entidades mercantiles o de otra índole con trabajadores autónomos, existe un contenido explícito, pero también uno implícito no menos imperativo. A través de esta “materialidad oculta” se manifiestan o retornan elementos de subordinación, control y jerarquía que afectan a trabajadores “externalizados”⁹. Esta última expresión apela a que, no excepcionalmente, se trata de profesionales autónomos que anteriormente ostentaban la condición de trabajadores

8 Un estudio interesante en M. Vidal, *Low-autonomy work and bad jobs in postfordist capitalism*, *Human Relations*, vol. 66, n.º 4, 2013, pp. 587 y ss.

9 Son analizadas en detalle en, S. Sacchetti y R. Sugden, “The governance of networks and economic power: The nature and impact of subcontracting relationships”, *Journal of Economic Surveys*, vo. 17, n.º 5, 2003, p. 676.

subordinados al servicio de las empresas con las que ahora formalizan contratos no laborales¹⁰. Aunque también hace referencia a muchas otras situaciones en las que actividades antes desarrolladas directamente por las empresas por sus propios medios y con su plantilla pasan a realizarse mediante externalizaciones concertadas directa o indirectamente con trabajadores autónomos.

Insistiendo en esta idea de la “materialidad oculta”, debe aludirse a un contenido explícito y uno implícito de los contratos. A través de este último, retornan elementos de subordinación, control y jerarquía que afectan a trabajadores “externalizados”. Tales elementos no siempre coinciden con los criterios clásicos a través de los cuales los distintos ordenamientos jurídicos han identificado la dependencia, pero reflejan una idea que probablemente no haya sido suficientemente enfatizada. Se trata de que es difícil concebir la dependencia económica sin la existencia de una jerarquía, por más que algunos sistemas la hayan configurado en contraposición a la dependencia jurídica o para expresar que esta falta¹¹. Como se argumentará más adelante, más bien la dependencia económica alude a que una persona presta servicios por cuenta ajena porque no goza de suficiente autonomía en el mercado como para poder operar en él de manera independiente. Pero, precisamente por esa circunstancia, la subordinación aparece casi de forma natural.

Al respecto, los instrumentos que generan o refuerzan esa subordinación son distintos entre unas realidades y otras. En términos generales, cuando se establecen vinculaciones de tracto sucesivo y con vocación de perdurar en el tiempo, el principio general de la buena fe proyecta sus efectos sobre ambas partes contratantes. Desde la perspectiva del autónomo subcontratista, la implicación en el proyecto empresarial y la coordinación con los demás profesionales y entidades que concurren en este va de suyo, lo cual implica, desde luego, una importante mediatización en su autonomía y capacidad de decidir. Pero, más allá de todo ello, que

10 Incidiendo en esta idea desde la perspectiva del derecho español, J. García Murcia y I. A. Rodríguez Cardo, “Especificidades de la subcontratación de trabajadores autónomos en el marco de la externalización de actividades”, en VV. AA. (dir. J. L. Monereo Pérez y S. Perán Quesada), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Comares (Granada, 2018) pp. 223 y ss.

11 Sugiriendo esta idea, J. Ballon, “The entrepreneur-salaried employee-associate. An autonomous wage-earner or a dependant entrepreneur?”, *Society and Business Review*, vol. 14, n.º 4, 2019, p. 418.

no necesariamente dibuja una subordinación jurídicamente relevante, existe una serie de mecanismos de control de la empresa sobre estos profesionales pretendidamente autónomos que acentúa la disparidad de posiciones de poder. A veces, se trata de medidas aparentemente de apoyo, pero tienen una intención inequívoca de fidelización o, más aún, de vinculación personal a la empresa. Puede tratarse de un mero apoyo logístico, que simplemente facilita el cumplimiento de las obligaciones formales y legales que la normativa de aplicación les impone a los trabajadores autónomos. Puede tratarse de un soporte comercial más o menos extenso, que condiciona desde luego el desarrollo profesional y la independencia de la persona que lo recibe, que se ha de someter de una forma bastante intensa a las orientaciones, indicaciones o instrucciones que le imparte la entidad en nombre de la cual o para la cual presta sus servicios. O puede referirse a un apoyo financiero, capaz de generar distintas posiciones de poder y subordinación, pues la empresa, además de principal —o incluso único— cliente del “autónomo” es, además, prestamista y, por lo tanto, acreedora suya (ejemplo plausible puede ser el de los transportistas autónomos en España). En estas condiciones, apelar a una supuesta autonomía resulta bastante ilusorio¹².

Otras veces, el control no se expresa en términos de apoyo, sino de jerarquía. Por ejemplo, a través de medidas de supervisión más o menos reiteradas e incisivas, o mediante la integración del supuesto trabajador autónomo en equipos acaso conformados con otros trabajadores autónomos, o incluso con trabajadores subordinados, o recurriendo a mecanismos más o menos indirectos de sujeción horaria, o revisión de la productividad. O también articulando ciertas penalizaciones o premios derivados de un mejor o peor desempeño o cumplimiento de la prestación de servicios¹³. Las manifestaciones de todo ello son variadas entre unos sectores y otros y entre los distintos ámbitos productivos, pero en todo caso puede expresarse que se desarrolla una dependencia manifestada a través de expresiones distintas de las tradicionales, pero igualmente concluyentes.

12 Abundando en estos mecanismos, S. Sacchetti y R. Sugden, “The governance of networks and economic power: The nature and impact of subcontracting relationships”, *op. cit.*, p. 676.

13 *Ibid.*

Ahora bien, esta asimetría contractual no es incompatible con una arraigada voluntad “negacionista” de la empresa acerca de la existencia de un contrato de trabajo. Como los indicios que generan subordinación y ajenidad son cualitativamente distintos de los tradicionales, o al menos se manifiestan de forma diferente, parece relativamente sencillo negar que ambas confluyan. Se trata del conocido y debatido asunto de la redefinición de los criterios que permiten deducir que existe una relación laboral, un tópico desde luego de común análisis doctrinal en todos los sistemas jurídicos de relaciones laborales, y más actualmente. Tal vez durante muchos años se desarrolló una toma de postura concesiva, que propendía a admitir como natural un desarrollo mayor de las relaciones por cuenta propia, consustancial a las nuevas realidades productivas¹⁴. Y seguramente se ha iniciado entre la academia un movimiento reactivo que niega, con altas dosis de coherencia, que pueda resultar verosímil un mayor auge del trabajo por cuenta propia en un caldo de cultivo donde las relaciones comerciales se caracterizan cada vez más por la desigualdad¹⁵.

3. En particular, la subcontratación

Entre otras consecuencias que ha traído consigo, la subcontratación ha sido una causa eficiente del declive del trabajo subordinado. Ya se ha insinuado anteriormente que la penetración de los autónomos en el sector industrial —y también su mayor espacio en el sector servicios— ha tenido que ver con el desarrollo de estos procesos de externalización de la actividad productiva. El ejemplo del sector de la construcción es sin duda el más evidente y el primero en generalizarse. Ahora bien, es perentorio poner en entredicho la naturaleza del vínculo en muchas ocasiones, por más que la subcontratación pueda ser, en términos generales, un ecosistema compatible con el trabajo autónomo.

En particular, debería escrutarse con rigor la posición de los autónomos que prestan sus servicios en las dependencias de la empresa contratista o subcontratista y apenas aportan nada más que su trabajo personal.

14 Vg., A. Montoya Melgar, “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, n.º 81, 2005, pp. 25 y ss.

15 Por ejemplo, N. Countouris, “The concept of ‘worker’ in European Labour Law: Fragmentation, autonomy and scope”, *Industrial Law Journal*, vol. 47, n.º 2, 2017, pp. 192 y ss.

El cúmulo de condiciones a las que se someten en la prestación de sus servicios y que son comunes a las de los trabajadores subordinados —vg., en cuanto al tiempo de trabajo, pausas y vacaciones; a las instrucciones relativas a la seguridad y salud en el trabajo, o al sometimiento a las instrucciones de un mismo responsable, ya sean más continuadas y precisas o más discontinuas y genéricas— invita a poner en entredicho que se trate de genuinos trabajadores autónomos y por cuenta propia¹⁶. Este fenómeno también sucede en las administraciones públicas, en mayor o menor grado entre unos países y otros. Que estas contraten profesionales dependientes que presten servicios en sus propias instalaciones, utilizando sus activos y de acuerdo con unos criterios más o menos precisos que emanan de una autoridad administrativa, debe ponerse, en principio, bajo sospecha. En el caso del ordenamiento jurídico español, es muy conocida una corriente de doctrina que ha declarado sistemáticamente cesión ilegal de trabajadores cuando entre estos y la administración pública se interpone una empresa que apenas aporta medios materiales¹⁷.

Por otra parte, y también en referencia al ejemplo español, se ha detectado una muy importante relación entre subcontratistas autónomos y trabajadores autónomos económicamente dependientes. Como va a abundarse más adelante, su número, en términos formales, es reducidísimo. Pero cuando se hace referencia al colectivo de autónomos que facturan a un cliente principal no menos del 75 por 100 del total de su actividad, se pone de manifiesto que la mayoría responde al perfil de una persona que es subcontratista en una cadena de externalizaciones en beneficio de una empresa principal.

4. Tendencias en Europa y España

Si las tendencias descritas, de carácter global, se reconducen al ámbito europeo, pueden enunciarse unas ideas más concretas. La primera, genéricamente, consiste en una creciente precariedad del trabajo por cuenta propia. Varios datos lo confirman, pero esencialmente dos: de

16 Sobre estos espacios, en el contexto argumental de la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo, Valdés Dal-Ré, "Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo", *op. cit.*

17 Puede verse una síntesis de esta en STS de 9 de enero de 2019 (rc 108/18).

una parte, el porcentaje de autónomos sin trabajadores a su cargo sobre el total de autónomos, que ha escalado en porcentaje hasta situarse por encima del 60 por 100¹⁸. O, expresada la cifra en otros términos, puede afirmarse que el perfil dominante de trabajador por cuenta propia tiende a configurarse por profesionales con un volumen de actividad y tamaño de la empresa más reducidos. Es revelador constatar que, a lo largo de los últimos lustros, el porcentaje de trabajadores autónomos sobre el total de la población activa ha permanecido esencialmente estable¹⁹, pero, intramuros del empleo no subordinado ha habido un importante corrimiento hacia los grupos con menos capacidad económica y más expuestos al riesgo de fracaso del proyecto económico.

De otra parte, debe destacarse el carácter contracíclico del trabajo autónomo. En efecto, en las épocas de recesión económica, decrecimiento del empleo e incremento del desempleo, tiene una mayor incidencia el trabajo por cuenta propia, si no en términos absolutos, sí cuando menos en términos relativos. Es decir, la pérdida de empleo subordinado produce un corrimiento al autoempleo, con proyectos que, con bastante seguridad, están destinados a ser fallidos o cuando menos escasamente prometedores en clave de futuro²⁰. Todo lo cual, por otro lado, ha venido acompañado, desde hace más de veinte años, de una promoción del emprendimiento, que ha sido uno de los ejes centrales de la Estrategia Europea de Empleo. Puede decirse que la Unión Europea (UE) ha estado en la punta de lanza de las instituciones y organismos que han abogado por un crecimiento del trabajo por cuenta propia, sea o no en detrimento del trabajo por cuenta ajena²¹.

Otro punto de vista de gran interés consiste en atender a la perspectiva de género. Al respecto, cuando se profundiza en el análisis de la composición desagregada entre hombres y mujeres, se comprueba que el porcentaje de feminización sube cuando se trata de autónomos que no tienen trabajadores a su cargo y se va reduciendo a medida que se

18 Dato recogido de S. Spasova y M. Wilkens, "The social situation of the self-employed in Europe: labour market issues and social protection", en VV. AA. (ed. B. Vanhercke, D. Ghailani y S. Sabato), *Social Policy in the European Union: state of play*, ETUI (Bruselas, 2018) pp. 97-116.

19 *Ibid.*

20 J. Cabeza Pereiro, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el derecho de la Unión Europea*, Bomarzo (Albacete, 2020) pp. 110 y ss.

21 Datos concretos en M.ª T. Alameda Castillo, "Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo", *Trabajo y Derecho*, n.º 49, 2019.

dirige la mirada hacia los profesionales con más volumen de negocio y más trabajadores contratados. En consecuencia, también en el trabajo autónomo es perceptible una mayor precariedad asociada a la situación de las mujeres²². Lo cual tiene un mayor interés si se considera desde un prisma fácilmente predecible: la diferencia de ingresos es mucho más inequitativa entre trabajadores autónomos que entre trabajadores subordinados²³. Evidentemente, entre los profesionales con mayor y mejor posición en el mercado y los más precarios, con proyectos más endeblés y sometidos a uno o varios clientes principales, existe una mayor diferencia económica que la que se produce entre los trabajadores subordinados, aunque esta última haya crecido de una forma significativa, en particular a lo largo de las dos últimas décadas.

Ha de añadirse que la Unión Europea no ha sido insensible a la debilidad y la vulnerabilidad de los trabajadores autónomos, en particular de los más precarios. No en vano ha sido aprobada la Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia²⁴, que hace énfasis en la necesidad de proveer una mayor y mejor cobertura a estos colectivos de personas autoempleadas²⁵.

Por lo que respecta al Reino de España, las cifras en torno al trabajo autónomo no resultan especialmente disonantes de las que se producen en otros Estados de la Unión Europea, pero se constatan algunas diferencias significativas. Hacia finales de 2018, España contaba con algo más de tres millones cien mil autónomos, lo que representa el 16,08 por 100 de la población activa. En términos comparativos, este porcentaje resulta ligeramente inferior al que se produce en países tales como la República de Portugal o el Reino de Holanda, pero situado algo por encima de la mayoría de los Estados Miembros de la Unión Europea. En consecuencia, el tanto por ciento es algo mayor a la media de los veintisiete, pero no excesivamente alejado²⁶. Ahora bien, por debajo de esta aparente

22 S. Spasova y M. Wilkens, *op. cit.*, p. 99.

23 *Ibid.*

24 DOUE de 15 de noviembre de 2019.

25 Sobre esta Recomendación, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "Nuevos instrumentos regulatorios de la Europa Social", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 11, 2019, pp. 1943 y ss.

26 En concreto, de acuerdo con la Encuesta de Población Activa, había en España 3.004.200 autónomos de una población activa de 17.339.400 personas, es decir, un 17,32 por 100 del total.

aproximación y homogeneidad, en el caso español subyace un rasgo diferencial de importancia crucial. En 2019, de esos algo más de 3 millones de trabajadores autónomos, había en España 2.500.000 que no contaban con trabajadores a su cargo. Es decir, el porcentaje de autónomos no empleadores supera el 80 por 100, por consiguiente, un umbral superior a la medida de los países de la Unión Europea. Lo que es coherente, en términos generales, con una dimensión de las empresas mucho menor.

Pero la producción legislativa en relación con el tema ha sido modesta y referencial. Podemos citar cinco directivas que hacen una referencia particular a los trabajadores autónomos: la Directiva 86/613/CEE del Consejo, del 11 de noviembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluida la agrícola, así como sobre la protección de la maternidad; la Directiva 92/57/CEE, del 18 de febrero de 2003, relativa a disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcciones temporales o móviles; la Directiva 92/29 del Consejo, del 31 de marzo de 1992, relativa a una mejor asistencia médica en los buques; la Directiva 2001/45/CE del Consejo, del 27 de junio de 2001, relativa al trabajo en portales de altura, y la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte de carretera.

Es de destacar que en la referida Directiva 86/613/CEE se incorpora un concepto de trabajador autónomo, el cual se define como “toda persona que ejerza en las condiciones previstas en el derecho nacional, una actividad lucrativa, por cuenta propia, incluidos los agricultores y los miembros de las profesiones liberales”.

La más importante normativa en la materia, en cuanto está dedicada especialmente al trabajo autónomo, la encontramos en el área del derecho no vinculante o *soft law*. Se trata de la Recomendación del Consejo de Europa del 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y seguridad en el trabajo de los autónomos, en la cual se orienta a los Gobiernos tomar las medidas necesarias para que los trabajadores autónomos reciban una formación e información adecuada y responsable sobre esta materia y para fomentar su seguridad y salud.

Por otra parte, un tema que tiene gran conexión con el trabajo autónomo, que ha sido objeto de mucho interés por parte de la Unión Europea, es el relativo a las políticas de fomento del autoempleo.

En Europa, en los últimos años, se ha desencadenado un gran fomento del autoempleo y el emprendimiento a través de un sinnúmero de medidas, algunas normativas y otras meramente aplicativas. Se han introducido iniciativas de incentivo, de carácter fiscal, de seguridad social, subvenciones públicas u otras medidas administrativas de fomento²⁷. En este empeño, se han sumado los distintos niveles de administraciones públicas, sin que se aprecie nítidamente una clara diferencia en atención al color político que las dirija. Debe añadirse, desde la perspectiva del Gobierno central, una nítida diferencia: en tanto que el del Partido Popular optó por una actuación indiscriminada de fomento del emprendimiento, que no se compensaba a través de iniciativas coordinadas y programas de control del fraude en el trabajo autónomo, desde mediados de 2018 en adelante —con el cambio en favor de un gobierno del PSOE— se vislumbra un carácter más bifronte de la acción política: sin abandonar las actuaciones de incentivo y fomento, se acompañan otras de control y verificación del fraude²⁸. Es importante, por lo demás, poner de manifiesto que el vector de control del fraude se alinea con la posición de la OIT, que acentúa la necesidad de perseguirlo.

5. Elementos conceptuales

En el marco interno español, se ha establecido una definición en negativo de trabajador autónomo, que se concibe por oposición al trabajador subordinado. El artículo 1.1 de la Ley 20/2007 del 11 julio del Estatuto del Trabajo Autónomo, dispone que “la presente Ley se aplicará a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo,

27 Muchas de ellas contempladas en la propia Ley 20/2007, del 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, cuyo Título V —arts. 27 y ss.— lleva precisamente como rúbrica “fomento y promoción del trabajo autónomo”.

28 En particular, a partir del *Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020* (http://www.mites.gob.es/itss/web/Documentos/ORGANISMO_ESTATAL/Doc_Organismo/Plan_Resumen_ejec_result.pdf)

den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial”. Por consiguiente, la condición de empleador carece de relevancia, por lo menos en cuanto a la inclusión de los profesionales por cuenta propia en el ámbito de aplicación del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Más allá de lo cual, resulta obvio expresar que las empresas recurren a la figura del trabajador autónomo como medida de reducción de costes, sin que ello suponga necesariamente que incurren en fraude de ley. También a ese respecto confluyen las tendencias europeas y las internas. Por lo que respecta a los sistemas jurídicos de Centro y Sudamérica, se aprecian diferencias entre unos y otros. En el caso del derecho brasileño, a raíz de una reforma introducida por la Ley 13.467/17, se modificó la Consolidação das Leis de Trabalho²⁹, en concreto su artículo 442-B, que desde entonces dispone que “a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”. En realidad, más que establecer una línea divisoria nítida entre ambas condiciones —trabajador autónomo y trabajador subordinado— declara la exclusión de aquella del ámbito de aplicación de la Consolidação. El precepto se dirige, en síntesis, a que prime el principio de realidad sobre la forma del contrato³⁰. Es, así pues, la existencia o inexistencia de subordinación la que determina que el vínculo sea laboral o mercantil.

En cuanto a Chile, el art. 3 del Código del Trabajo³¹ define, entre otros conceptos, el de trabajador independiente, también en términos de ausencia de subordinación, pero excluyendo del concepto a quienes a su vez tengan trabajadores a su cargo: “aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia”. De modo que, también en el sistema chileno, el criterio de la ajenidad —o, mejor dicho, de la falta

29 Decreto-lei nº 5452, de 1 maio 1943.

30 Aunque podría entenderse en otro sentido esta regla, debe tenerse en cuenta que la Ley 13.467/2017 no alteró el art. 9 de la Consolidação das Leis de Trabalho, en concreto su art. 332-B, conforme al cual “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

31 Texto refundido del 31 de julio de 2002.

de ella— queda oscurecido, al menos desde un prisma estrictamente conceptual. En Venezuela, el artículo 36 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 2012³² dispone que “trabajador o trabajadora no dependiente o por cuenta propia es aquel o aquella que en el ejercicio de la actividad que realiza en el proceso social de trabajo, no depende de patrono alguno o patrona alguna”, asimismo centrada en la subordinación y haciendo elipsis del criterio de que el trabajo sea por cuenta propia.

Hay, por supuesto, sistemas legales de relaciones laborales en los que no se contempla ningún concepto de trabajo autónomo o norma que pueda ofrecer alguna delimitación de su ámbito de aplicación. Es el caso, por ejemplo, de México. Lo mismo sucede en Argentina, en cuya legislación no se contempla esta figura. También en Costa Rica, donde debe deducirse el concepto, *a contrario sensu*, del que se ofrece de trabajador, centrado en la dependencia y en la dirección inmediata por parte de la empresa (art. 3 del Código de Trabajo³³). Igualmente sucede en Colombia. Por supuesto, habría que precisar que en casi todos los Códigos Civiles de estos países, al igual que sucede en los que contienen una definición expresa de trabajador autónomo o por cuenta propia, hay un régimen implícito de esta modalidad de trabajo en la regulación de los contratos de arrendamiento de servicios o de arrendamiento de obra.

En el marco de la Unión Europea, no existe propiamente una definición de trabajador autónomo, pero se ha elaborado un concepto funcional de empresa que lo incluye³⁴. Tal concepto no se ha desarrollado por conducto legal, sino básicamente a través de la doctrina judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con respecto al derecho de la competencia, contenida, en sus trazos más básicos, en los artículos 101 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, el autónomo se encuentra sometido a las reglas *antitrust* cuando se comporta en el mercado como una empresa. Es importante añadir, al respecto, que el concepto de empresa ostenta total autonomía en el marco de la UE. Es decir, no

32 Gaceta Oficial n.º 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012.

33 Ley n.º 2, del 26 de agosto de 1943.

34 Insistiendo en este concepto funcional, A. Jones, “The boundaries of an undertaking in EU Competition Law”, *European Competition Journal*, vol. 8, n.º 2, 2012, pp. 301 y ss.

depende de las definiciones que se hayan conformado en cada Estado miembro, bien sea a través de instrumentos legales, bien a través de la doctrina judicial interna. La noción es propia del derecho de la UE y poco importa cómo en los sistemas internos se defina, configure y delimite qué es una empresa, ora incluyendo, ora no, algunas categorías de trabajadores autónomos³⁵.

Por otra parte, y sin que sea posible ahora extenderse más en este asunto, la línea divisoria entre el concepto de empresa y el de trabajador dista bastante de estar nítido en la jurisprudencia del TJUE. Es claro, de conformidad con esta, que ambas condiciones no son compatibles, pues los trabajadores no pueden ser empresas (sentencia Becu, 1999³⁶). Ello es así porque no ofrecen bienes y servicios, solo su trabajo personal. En consecuencia, no ostentan una posición propia en el mercado, sino que, a lo sumo, actúan como auxiliares del empresario.

En esta intersección de conceptos, debe hacerse notar, además, que, aunque con ciertos matices, el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia extensiva del concepto de trabajador, que ha incluido puestos y responsabilidades profesionales que, desde la perspectiva de la mayoría de los derechos internos, no encontrarían amparo en el derecho del trabajo. Sin recurrir a una descripción exhaustiva, pueden ponerse varios ejemplos que manifiestan dicha amplitud conceptual. Se ha considerado como trabajadora a una mujer embarazada que ostentaba la condición de miembro del consejo de dirección de una sociedad mercantil (asunto Danosa, 2010³⁷) o al administrador de una sociedad de capital (asunto Balkaya, 2020³⁸) o también al presidente de una autoridad portuaria (asunto Haralambidis, 2014³⁹). Hay otros asuntos en relación con los cuales directivos que eran miembros de los órganos de dirección y administración de sociedades no se sitúan claramente fuera del ámbito de aplicación de las directivas que dan protección a los trabajadores (asunto Ferho⁴⁰, 2015).

35 Un importante repaso de esta doctrina judicial en O. ODUDU Y D. BAYLEY, "The single economic entity in EU Competition Law", *Common Market Law Review*, vol. 51, n.º 6, 2014, pp. 1721 y ss.

36 Asunto C-22/98, sentencia de 16 de septiembre de 1999.

37 Asunto C-232/09, sentencia de 11 de noviembre de 2010.

38 Asunto C-229/14, sentencia de 9 de julio de 2015.

39 Asunto C-270/13, sentencia de 10 de septiembre de 2014.

40 Asunto C-47/14, sentencia de 10 de septiembre de 2015.

Además, y al igual que con el de empresa, el de trabajador es un concepto autónomo y propio de la Unión Europea, de modo que no se subordina, en línea de principio, a las definiciones de los Estados miembros. En honor a la verdad, esta afirmación no puede formularse sin añadir algunas matizaciones, porque la doctrina del TJUE ha sido al respecto bastante oscilante. Se fraguó inicialmente en el ámbito de la libre circulación de trabajadores, en el que se adoptó, como era previsible, un entendimiento de trabajador tendencialmente expansivo. Sin embargo, en otros ámbitos de las políticas sociales se tendió a configurar un concepto de trabajador *ad hoc* para cada una de ellas, que además fuera en gran medida deudor de las elaboraciones normativas y jurisprudenciales que se hubieran desarrollado en los derechos internos de cada Estado miembro. Sin embargo, la unicidad y autonomía de qué sea un trabajador constituye un proceso en trance de consolidación en la doctrina más reciente del TJUE⁴¹.

En otro orden de consideraciones, también el TJUE ha elaborado doctrina en torno al fraude de ley y a la figura del falso trabajador autónomo, en particular, en la sentencia FNV Kunsten (2014⁴²). Es un pronunciamiento de un gran interés sobre el que se han hecho estudios profundos⁴³. En esencia, desarrolla un concepto de subordinación bastante clásico, asimilable al que se aprecia en la mayoría de los sistemas jurídicos de relaciones laborales relativamente desarrollados y no resulta, por lo tanto, especialmente novedoso. Sin embargo, en cuanto al concepto de ajenidad —al que no alude explícitamente— desarrolla una interesante construcción sobre la fijación de una postura propia en el mercado que, en apariencia, se emparenta con las clásicas construcciones académicas en torno a la ajenidad en el mercado⁴⁴. Lo más poderoso y reseñable

41 Sobre la autonomía y desarrollo del concepto, J. Cabeza Pereiro, *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, op. cit., en particular en pp. 106 y ss.

42 Asunto C-413/13, sentencia de 4 de diciembre de 2014.

43 Por ejemplo, E. Grosheide y B. ter HAAR, Employee-like worker: Competitive entrepreneur or submissive employee? Reflections on ECJ, C-413/13, FNV Kunsten Informatie, en VV. AA. (ed. M. Laga; S. Bellomo; N. Gundt y J. M. Miranda Boto) *Labour Law and Social Rights in Europe. The Jurisprudence of International Courts. Selected Judgments*, Gdansk University Press (Gdansk, 2017) pp. 21 y ss.

44 Como expresaba Alarcón Caracuel, "trabajador es el que trabaja para un empresario, no directamente para el mercado. Pasar de trabajar autónomamente para el mercado a trabajar para un empresario es lo que convierte a ese sujeto en trabajador: por serle ajeno todo, le es ajeno hasta el propio concepto de sí mismo" (M. R. Alarcón Caracuel, "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 28, 1986, pp. 495 y ss.)

de esta óptica consiste, además, en que se ancla en el concepto de empresa al que anteriormente se ha hecho referencia. Sobre este asunto se volverá enseguida. Por lo demás, es innegable la vinculación de todo este debate con la Recomendación OIT 198, de 2006, sobre la relación de trabajo. Su importancia, como norma aglutinadora y armonizadora entre todos los Derechos internos de los Estados miembros de la OIT, es innegable, aunque no haya sido suficientemente resaltada⁴⁵.

Un dato significativo en la doctrina judicial de la Unión Europea es que no admite categorías intermedias entre trabajador y autónomo, aunque sí están introducidas en algunos de los Estados miembros. Más adelante, se hará una reflexión pormenorizada al respecto, pero, sin duda, constituye una opción por la que de forma consciente y voluntaria se ha decantado el Tribunal de Justicia.

El reciente auto Yodel (2020⁴⁶), en relación con los trabajadores de plataforma, constituye una aparente resolución restrictiva. Está por verse su alcance en términos de evolución de la doctrina del TJUE. Que sea un auto y no una sentencia tiene, desde luego, cierto interés para relativizar su importancia. Se trataba de un trabajador de plataforma cuyas condiciones de prestación de servicios eran bastante homologables a los de otras entidades similares y extendidas en otros países. Es decir, aunque se discutía la interpretación de una relación contractual específica, era bastante típica de quienes se ocupan en el reparto de alimentos y otros pequeños consumibles. Que el Tribunal exprese, sin que le quepa duda alguna, que se trate de un caso de trabajo por cuenta propia supone desde luego un punto de inflexión en las tendencias expansivas del concepto de trabajador. Está por verse si esta corriente se consolida o constituye un episodio aislado dentro de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo⁴⁷.

45 Como se ha destacado, constituye un instrumento normativo complejo y experimental en la definición de los contornos del contrato de trabajo. Así lo expresa M. Freedland, "Application of Labour and Employment Law beyond de contract of employment", *International Labour Review*, vol. 146, 2007, n.º 1-2, pp. 3 y ss., en particular p. 17.

46 Asunto C-692/19, auto de 2 de abril de 2020.

47 Por lo que respecta a la doctrina judicial española, la STS del 25 de septiembre de 2020 (rcud. 4746/19), aun citando y parafraseando el auto Yodel, se decanta por admitir la subordinación de un trabajador de la plataforma Glovo, con argumentos bastante convincentes.

6. La condición de empresas de los trabajadores autónomos: la autonomía en el mercado

Profundizando algo más en la doctrina judicial del TJUE, es interesante valorar cómo equipara los trabajadores autónomos a las empresas, a partir de unos criterios que, si no se identifican totalmente, cuando menos se aproximan mucho a los que son propios del trabajo por cuenta propia desde la perspectiva de la posición en el mercado de aquellos cuya calificación del vínculo se discute. En efecto, el Tribunal, desde su jurisprudencia de los años 70 del siglo pasado, apela al concepto de entidad económica única. El silogismo consiste en afirmar que allá donde se constata la existencia de una entidad económica única no puede aplicarse intramuros el derecho de la competencia. Es decir, si dos personas o dos entidades conforman dicha entidad, entre ellas no hay un comportamiento de empresas que deba someterse el derecho de la competencia.

Puede ejemplificarse dicho silogismo con la sentencia que desencadena la doctrina posterior, que es la que resuelve el asunto Suiker (1975)⁴⁸, relativo al tradicional caso de una persona física que actúa como intermediaria y ejerce una actividad en favor de una corporación empresarial. Podría, en este tipo de situaciones, ponerse en entredicho si esta persona trabaja por cuenta propia o por cuenta ajena. Y, como resolvería tradicionalmente un órgano judicial cualquiera que deslindara este asunto, el TJUE pone énfasis en la circunstancia de la asunción o no de riesgos. Expresa que, en el caso concreto planteado, hay un sometimiento al derecho de la competencia en las relaciones entre intermediario y cliente, pues aquel desempeña unas "funciones que económicamente se asemejan a las de un comerciante independiente, por contemplar la asunción por dichos intermediarios de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros". Por supuesto, el Tribunal de Luxemburgo no profundiza en si se producen otros rasgos propios del contrato de trabajo, pues su único objetivo en este asunto consistía en verificar aquel sometimiento.

48 Asunto 40/73 y otros, sentencia de 16 de diciembre de 1975.

Consecuentemente, el Derecho de la Competencia solo se aplica a empresas que compitan entre ellas, pues, a efectos de someterse a esta parte del ordenamiento jurídico “el sujeto considerado debe gozar [...] de un cierto nivel de autonomía, fundamentalmente, de carácter económico”. Tal aserto, expresado en el asunto Becu (1999)⁴⁹ a los efectos de argumentar que los trabajadores no pueden ser empresas, pone de manifiesto una idea importante que constituye elemento clave en el juicio de exposición o no a la normativa *antitrust*: que se disponga o no de un margen apreciable de actuación como operador económico en el mercado tiene una trascendencia insoslayable. Lo cual ya no tiene que ver con la asunción o no de riesgos, sino sobre la mayor o menor capacidad en la toma de decisiones. En realidad, ambos rasgos, asunción o no de riesgos y posición autónoma en el mercado, aparecen como criterios autónomos que se suman en el juicio valorativo de si las relaciones entre un comitente y un comisionista, o entre un mandante y un mandatario, están reguladas por la normativa de la competencia. Es claro en este sentido el asunto Volkswagen AG (1995)⁵⁰: solo cuando los operadores económicos “no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados por el comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa del comitente” dejan de ser independientes.

Toda esta doctrina es la que desemboca en el anteriormente mencionado asunto FNV Künsten (2013)⁵¹. Lo relevante es que en esta sentencia se produce una superposición de planos: en tanto que, en la casuística hasta ahora descrita en este punto, la asunción de riesgos y la posición autónoma en el mercado restringían su aplicabilidad a cuestiones exclusivamente de derecho mercantil referidas a la ordenación de la competencia, en FNV Künsten se proyecta sobre la identificación del falso autónomo y la posible existencia de un contrato de trabajo. Ello al objeto de poder decidir si el convenio colectivo discutido era genuinamente un convenio colectivo o, a ciertos efectos, un acuerdo entre empresas. Con esta operación traslaticia, los criterios referidos se sitúan en pie de igualdad con los clásicos de la subordinación para poder calificar la relación como laboral o mercantil.

49 Cit.

50 Asunto C-266/93, sentencia de 24 de octubre de 1995.

51 Asunto C-413/13, sentencia de 4 de diciembre de 2014.

En realidad, tiene algo de exageración expresar que la ajenidad, entendida al modo descrito en estas páginas, alcanza en esa sentencia la misma importancia cualitativa que la subordinación para identificar el contrato de trabajo. Pero sí que realza su importancia, en un contexto, hasta entonces, de paulatino decaimiento de la ajenidad como rasgo decisivo y definitorio de este. Podría decirse, como proyección de la doctrina de FNK Kúsnten, que la no asunción de riesgos y la ausencia de una posición autónoma en el mercado son indicios poderosos que abocan a denegar que pueda haber una genuina relación autónoma. De nuevo debe expresarse la aproximación de esta doctrina —particularmente, la ausencia de una posición autónoma en el mercado— a la clásica de la autonomía en el mercado, enunciada hace más de treinta años atrás⁵².

Ahora bien, retornando a la ajenidad en los riesgos, sin duda habría que aquilatarlos. No cualquier asunción de riesgos, por pequeña que fuera, debería producir como consecuencia que se niegue la condición de trabajador a quien los asume, o que constituya un indicio de un valor decisivo a la hora de calibrar la naturaleza del vínculo. Las relaciones de prestación de servicios actuales son complejas y, cuando se ubican en una posición fronteriza, por lo que ahora importa, entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena, normalmente conviven características de una y otra. Como expresa el propio TJUE —de nuevo en torno a la exposición o no de determinados comisionistas al derecho de la competencia—, “el hecho de que el intermediario soporte únicamente una parte insignificante de los riesgos no puede entrañar que el artículo 85 del Tratado —actual artículo 101 TFUE, precepto fundamental de la normativa antitrust de la UE— sea aplicable” (Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, 2006⁵³).

El problema de la entidad de los riesgos merece un mayor análisis. Incluso puede suceder que su asunción, más que un criterio definitorio de cierta capacidad de actuación en el mercado, sea en la práctica una manifestación de todo lo contrario. Esto es, la imposibilidad de pactar con la empresa comitente o principal unas mínimas condiciones garantistas puede desembocar en que le sean impuestas unas cláusulas adversas a la parte débil del contrato, entre las cuales figure una exposición mayor

52 M. R. Alarcón Caracuel, *op. et loc. cit.*

53 Sentencia C-217/05, del 14 de diciembre de 2006.

o menor a los riesgos. A los más vulnerables, las empresas les transfieren riesgos, así como ciertos rasgos —teóricos— de trabajo por cuenta propia y autónomos, con el objeto obvio de despejar del panorama contractual la apariencia de contrato de trabajo⁵⁴. Como se ha expresado anteriormente, en la relación de prestación de servicios conviven unas condiciones explícitas formales y otras implícitas, en las que reaparece una posición de fuerte subordinación y alienación.

Por estas consideraciones, el riesgo debería ser considerado en su justa medida y no en términos absolutos. Indudablemente, tiene mayor relevancia el análisis de la “dependencia comercial”, en los cánones sugeridos por el TJUE. Es decir, valorar si, en realidad, la actividad profesional se desarrolla en términos tales que existe una auténtica capacidad de adoptar decisiones autónomas en el mercado, que no obedezcan sistemáticamente al interés y beneficio de la o de las entidades clientes.

O, ya desde una perspectiva ajena a la doctrina del Tribunal de Justicia, sería ilustrativo analizar la capacidad de generar beneficios y desarrollar un proyecto de negocio⁵⁵. Si la asunción de riesgos apenas permite, en una prospección de futuro, una consolidación y mejora del proyecto profesional en términos de crecimiento, capacidad de decisión y mayor capacidad de resistencia, es difícil concluir que existe una verdadera iniciativa profesional autónoma.

7. Sobre el predominio de la dependencia y el papel de la ajenidad

En esta búsqueda constante y en adaptación permanente del concepto de trabajador, la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos descansan exclusiva o casi exclusivamente en la subordinación, con elipsis generalizada de los criterios definitorios de la ajenidad. Al respecto, la doble referencia del sistema español tanto a la ajenidad como a la dependencia al definir en el artículo 1 de la Ley 20/2007 el ámbito de

54 Destacando esta idea, D. Schieck y A. Gideon, “Outsmarting the gig-economy through collective bargaining-EU competition law as a barrier?” *European (Legal) Studies on-line papers*, vol. 7, n.º 2, 2018, Queen’s University Belfast, p. 14.

55 Véase esta idea en V. Daskalova, “Regulating the new self-employed in the Uber Economy: What role for EU competition law?”, *German Law Journal*, vol. 19, n.º 3, 2018, p. 466.

aplicación de la norma no es sino el negativo del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, en el que también ubica en pie de igualdad ambos conceptos. Un repaso de la doctrina judicial, incluso la más reciente, pone de relieve que preserva, al menos desde una perspectiva formal, esta equidistancia entre la importancia cualitativa de uno y otro. Lo cual constituye un rasgo característico, seguramente deudor de la doctrina académica, que hunde sus largas raíces en Alonso Olea⁵⁶.

No sucede así en los sistemas de Centro y Sudamérica, expresada esta idea en términos generales, pues en la mayoría de los sistemas se ha producido una clara opción por la subordinación⁵⁷. En el caso brasileño, la subordinación directa o indirecta es el criterio decisivo, de acuerdo con una doctrina judicial ciertamente asentada. Así se desprende del artículo 2 de la *Consolidação das Leis de Trabalho*⁵⁸, cuya referencia a la subordinación estructural ha sido seguida por la doctrina judicial⁵⁹. Otro tanto sucede en Chile, donde la definición anteriormente mencionada del artículo 3 del Código de Trabajo, interpretada junto con el concepto de contrato individual de trabajo contenido en su artículo 7, produce que la dependencia goce de absoluto predominio, hasta el punto de que no se hace referencia en todo su articulado a la locución “trabajo por cuenta ajena”⁶⁰. Ahora bien, es fácil seguir en la doctrina judicial el rasgo de la ajenidad, que desempeña un papel sustantivo en la identificación del contrato de trabajo⁶¹.

56 En particular, *Introducción al derecho del trabajo*, 6.ª ed., Civitas (Madrid, 2013).

57 Así lo refieren O. Ermida Uriarte y O. Hernández Álvarez, “Crítica de la subordinación”, en VV. AA., *Estudios sobre derecho del trabajo. Homenaje a José Román Duque Sánchez*, Colección Libros Homenaje, n.º 9, Tribunal Supremo de Justicia (Caracas, 2003) especialmente en pp. 451 y ss.

58 “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Sobre este asunto, P. P. Teixeira Manus, “A subordinação jurídica no contrato individual de trabalho”, en VV. AA. (Y. Frediani, coord.), *A valorização do trabalho autonomo e a livre iniciativa*, Academia Brasileira de Direito do Trabalho (Porto Alegre, 2015) pp. 257 y ss.

59 Véase algún ejemplo de esta jurisprudencia en T. C. Nahas, “Considerações a respeito da relação de trabalho: a questão do trabalho semi-dependente e da subordinação estrutural”, en *A valorização do trabalho autónomo e a livre iniciativa*, op. cit., pp. 271 y ss.

60 Aunque es cierto que sí se utiliza en la Ley 16744, de 1968, que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. En efecto, se refiere a los trabajadores por cuenta ajena, vg. en su art. 2, pero en expresión que se asimila materialmente al concepto de trabajador del Código del Trabajo. De esta manera, la referencia a la ajenidad no tiene consecuencias sustantivas.

61 En este sentido, véase A. Sierra Herrero, “Sobre la calificación de un socio o accionista como trabajador dependiente”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n.º 2, 2011, pp. 14 y ss., en particular en pp. 148 y ss.

Algo similar debe predicarse del sistema de relaciones laborales de México: el art. 20 de la Ley Federal del Trabajo⁶² define la relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, como “la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario”, nuevamente con omisión de cualquier referencia a la circunstancia de que la prestación de servicios se desarrolle por cuenta propia o por cuenta ajena. Asimismo sucede en Argentina, cuya Ley de Contrato de Trabajo⁶³ apela a la dependencia, junto con la remuneración, en sus artículos 21 y 22. En la práctica, el rasgo de trabajar por cuenta ajena se subsume en el de la subordinación, de la cual se considera un indicio adicional. En efecto, la doctrina académica apela a la falta de autonomía, como uno de los rasgos indiciarios de que el trabajo se presta en las condiciones identificadas por dichos preceptos⁶⁴.

Otro tanto se produce en el derecho de Costa Rica. A partir de la definición de contrato individual de trabajo que se incluye en el artículo 18 del Código de Trabajo⁶⁵, el cual apela, además de a la remuneración, a la “la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de la empresa”. A partir de este precepto, se ha decantado una amplia y profusa jurisprudencia basada en un sumatorio de indicios y en el mayor peso de los que determinen trabajo subordinado o trabajo autónomo, con la matización de que en dicha doctrina judicial también se tienen en cuenta elementos relativos a la antinomia trabajo por cuenta propia versus trabajo por cuenta ajena⁶⁶.

También en Venezuela prevalece el criterio de la subordinación. De hecho, la Ley Orgánica del Trabajo de 1990⁶⁷, en su artículo 39, definía al trabajador en estos términos: “la persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra”. Sin embargo, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, de 2012, en su artículo 35, en su definición de trabajador o trabajadora

62 Aprobada el 2 de diciembre de 1969 y en vigor desde el 1 mayo de 1970, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 1 abril 1970.

63 Ley 20744 del 11 de septiembre de 1974.

64 Vg., M. E. Zuretti, “El sujeto trabajador protegido por el derecho del trabajo”, en *VV. AA. (M. E. Ackerman y A. Sudera, coords.), La relación de trabajo. Libro homenaje al profesor Jorge Rodríguez Mancini, Rubinzal-Culzoni (Buenos Aires, 2009) p. 275.*

65 Ley n.º 2 del 27 de agosto de 1943 (*La Gaceta*, n.º 192, del 29 de agosto de 1943).

66 Sobre este tema, con jurisprudencia actualizada, A. Godínez Vargas, *La regulación del trabajo en las empresas de plataforma virtual de Costa Rica*, CEPAL, 2020, pp. 51 y ss.

67 Promulgada el 27 de noviembre de 1990.

dependiente, eliminó el criterio de la ajenidad⁶⁸. Lo paradójico es que el artículo 36 define al trabajador o la trabajadora no dependiente, concepto al que equipara “o por cuenta propia”. Por su parte, la Sala de Casación del Tribunal Supremo ha utilizado el trabajo por cuenta ajena, pero dentro del contexto del método del “haz de indicios”, para identificar la existencia de un contrato de trabajo⁶⁹.

Conclusiones parejas deben alcanzarse en cuanto al derecho colombiano. El artículo 22.1 del Código Sustantivo del Trabajo⁷⁰ apela expresamente a la dependencia o subordinación —a ambos términos—⁷¹. La jurisprudencia ha recurrido a las pruebas clásicas indiciarias para acreditarla, tales como el cumplimiento de horario, lugar de trabajo, cumplimiento de órdenes e instrucciones, etc. Sin embargo, el artículo 34 del mismo texto legal, al definir a los contratistas independientes, recurre también a cuestiones relativas al trabajo por cuenta propia, tales como la asunción de riesgos o la aportación de medios de producción.

Al albur de esta normativa y de este criterio fundamental de deslinde, ha habido en todos estos países abundante doctrina judicial en torno a la utilización fraudulenta del trabajo autónomo como mecanismo de evitación del contrato de trabajo. Así sucede con carácter general, con sanciones diversas que atienden a las peculiaridades de cada sistema jurídico interno y que, a la postre, tienen como objetivo evitar la disimulación de los contratos de trabajo.

8. La conveniencia de las categorías intermedias. Un análisis empírico del caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes

Se ha aludido con anterioridad a esta cuestión. En diversos sistemas jurídicos, las zonas fronterizas entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado se han abordado mediante la creación de categorías

68 “Se entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica. La prestación de su servicio debe ser remunerado”.

69 Véase esta jurisprudencia en I. Mirabal Rendón, “Zonas fronterizas del derecho del trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, n.º 1, 2005, pp. 113 y ss.

70 *Diario Oficial*, año LXXXVIII, n.º 27622 7 junio 1951.

71 “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

intermedias, normalmente —aunque no siempre— consideradas fuera del estricto marco de las relaciones laborales, pero dotadas, por asimilación, de ciertos derechos que les corresponden a los trabajadores⁷². No se trata ahora de entrar en la descripción y el análisis de cada una de las experiencias comparadas, sino que basta con evocarlas. Es el caso de los sistemas jurídicos alemán y austriaco, donde se ha generado la categoría de “personas asimiladas a empleadas” —*arbeitnehmerähnliche personen*—. O del Reino Unido, con la conocida diferencia entre un *employee* plenamente regido por las reglas del derecho del trabajo y un *worker* al que se le expanden algunos de los característicos derechos laborales. O de Italia, con toda la saga de normas en torno a la dependencia económica desarrolladas, en algunos de los episodios recientes, en las *Jobs Acts*. O de España, con la categoría —a la que se hará referencia explícita a continuación— de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, creada a partir del Estatuto del Trabajador Autónomo de 2007. O de Canadá, con el clásico concepto de los *independent contractors*, que ha conseguido atribuir derechos laborales a ciertos colectivos que, en otros sistemas jurídicos, dudosamente estarían protegidos por el derecho del trabajo⁷³.

Por supuesto, cada experiencia requeriría de su propio análisis, en cuanto a las consecuencias que ha producido, y el balance sería necesariamente complejo. Sin embargo, puede concluirse, como tendencia general, que los sistemas jurídicos que han generado terceros conceptos reportan más inseguridad jurídica y más conflictividad. O, dicho a *contrario sensu*, hay mayores certidumbres y menos controversias en los ordenamientos que han optado por mantenerse en la estructura binaria entre trabajo subordinado y trabajo autónomo⁷⁴. Probablemente, no se trata de una afirmación conclusiva, pero plantea la idea de que este tipo de iniciativas resulta, como mínimo, arriesgado.

72 Comentando estas experiencias, M. Risak y T. Dullinger, *The concept of “worker” in EU Law, Status quo and potencial for change*, Report 140, ETUI (Bruselas, 2018), p. 15.

73 Sobre la experiencia canadiense, con cita de H. Arthus, cfr. M. A. Chery y A. Aloisi, “—Dependant contractors— in the Gig Economy: A comparative approach”, *American University Law Review*, vol. 66, 2017, pp. 635 y ss.

74 Argumentando esta postura, I. Lianos; N. Countouris y V. de Stefano, *Rethinking the Competition Law/Labour Law interaction. Promoting a fairer labour market*, Centre for Law, Economics and Society, research paper 3/2019 (London, 2019), p. 6.

En general, en la mayoría de los sistemas latinoamericanos no existen categorías intermedias entre trabajadores autónomos y subordinados, sin perjuicio de alguna legislación proyectada que pueda estar en trámite en torno a los trabajadores de plataforma. La postura española ha sido diferenciada, como ahora se pasa a analizar.

La implantación en España de la figura de los trabajadores autónomos económicamente dependientes —TRADE— es un ejemplo característico. Es lícito preguntarse, trece años después, qué ha aportado. Primeramente, debe ponerse en cuestión que la Ley haya trazado una línea divisoria suficientemente clara entre trabajadores subordinados vinculados por sus empresas mediante contratos de trabajo y TRADE. A este respecto, una lectura del artículo 11 de la Ley 20/2007 —el precepto que describe y establece los requisitos sustantivos de la condición de TRADE—, enuncia algunos criterios que pueden ser útiles en esta labor de deslinde. Al margen de la posibilidad, instrumental e interina, de poder contratar a un trabajador subordinado de la letra a) del artículo 11.2, los de las letras b), c) y d) del mismo apartado deben ser tomados en consideración: “b) no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente. c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente. d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente”.

En cuanto al primero de ellos, tiene una utilidad indudable. Entre otros aspectos, impide que pueda considerarse TRADE el autónomo que únicamente aporta su actividad, si la prestación de sus servicios no puede diferenciarse de la de los trabajadores dependientes que trabajen para su cliente. La locución adverbial “de manera indiferenciada” incorpora un concepto indeterminado que en su aplicación práctica puede revestir complejidad. Cuando menos, puede servir de elemento disuasorio para que las empresas contraten o subcontraten con autónomos cuando van a prestar servicios en su centro de trabajo y apenas aportan elementos materiales u organizativos. Mucha menos aplicabilidad aparente tiene el segundo requisito, por su carácter eminentemente

tautológico: la infraestructura y material propios solo son exigibles cuando sean relevantes económicamente en la actividad de que se trate. Como se ha argumentado anteriormente, la titularidad de los medios de producción no es definitoria en sí misma, salvo que se trate de aquellos de mayor entidad económica y mayor trascendencia en el desarrollo de la actividad. De tal forma que el precepto al respecto no aporta una separación excesivamente útil entre TRADE y trabajadores subordinados. Y, por lo que respecta al requisito de la letra d), en realidad expresa la sutil diferencia entre subordinación y autonomía y remite a la clásica diferencia entre indicaciones esporádicas que no impiden la autoorganización y dirección continuada de la prestación de servicios que la ubica en el ámbito del poder directivo y organizativo del empresario.

Es decir, desde una perspectiva estrictamente jurídica y hermenéutica, el balance del artículo 11, sumado al propio concepto de trabajador autónomo del artículo 1 de la Ley 20/2007 al que antes se ha hecho referencia, es bastante insuficiente. De tal forma que el deslinde continúa siendo una labor confiada enteramente a la doctrina judicial, que no ha de encontrar en esta Ley de 2007 elementos excesivamente novedosos. Con toda seguridad, en este balance ha pesado demasiado el procedimiento de reconocimiento de la condición de TRADE previsto en el artículo 11.2 de la propia Ley 20/2007, bastante disuasorio, que se sostiene en dos pilares fundamentales: por una parte, la configuración de dicho reconocimiento por parte de la entidad cliente como requisito necesario e insoslayable. Por otra, en defecto de tal reconocimiento, en la exigibilidad de seguirse un proceso judicial en el que la sentencia tendrá carácter constitutivo. De tal modo que, una vez resuelta la relación entre profesional autónomo y empresa sin dichos reconocimientos o sentencia, no es factible que pueda declararse tal condición, aunque sí la de trabajador subordinado previa demanda de despido.

Al margen de los elementos jurídicos descritos, desde una perspectiva estrictamente empírica, la regulación de los TRADE ha sido un rotundo y manifiesto fracaso. El escaso —y decreciente— número de TRADE, concretado en que apenas se alcanza actualmente el número de 9.000 TRADE registrados, pone de relieve un evidente fiasco regulatorio. La que en 2007 se recibió con alta expectativa se ha tornado en una experiencia normativa de eficacia puramente residual. El artículo 11 configuró una

tendencia legal favorable y condescendiente con el trabajo por cuenta propia, pues produjo un equilibrio regulatorio en el que, en apariencia, se achicaba el espacio del contrato de trabajo, aunque el sistema de reconocimiento del TRADE antes descrito evite normalmente que el órgano judicial haya de discernir si la relación controvertida es laboral o de autónomo económicamente dependiente.

Con todo, y de conformidad con estimaciones sindicales⁷⁵, en 2019 habría, como mínimo, 246 mil personas que cumplieran los requisitos del artículo 11 de la Ley 20/2017, aunque no los del artículo 11 bis. Esta cifra se obtiene mediante la suma de quienes trabajan en las dependencias de la entidad cliente sin aportar medios materiales significativos y de quienes tienen en exclusiva o casi en exclusiva a un único cliente. Por supuesto, es plausible pensar que un número todavía mayor reúne dichos requisitos, pero resulta muy difícil afinar mucho más las cifras a partir de las estadísticas disponibles. Puede concluirse que hay una asimetría entre la esfera formal, en cuyo seno la realidad del TRADE es irrisoria, y la material, donde puede afirmarse que se aglutina un amplio colectivo de profesionales con una intensa dependencia económica de una única entidad cliente. Claro que en esta última sería preciso separar la paja del grano y tamizar quiénes son genuinamente trabajadores autónomos y quiénes trabajadores dependientes.

Con este panorama, la doctrina académica oscila entre quienes defienden un ensanchamiento del campo de identificación de los TRADE y quienes, por el contrario, abogan por que desaparezca esta figura. En cuanto a la primera opción, bien se trate de un ensanchamiento de los márgenes sustantivos de la figura del autónomo económicamente dependiente —por ejemplo, relajando el porcentaje de actividad para el cliente principal o concibiendo la dependencia económica ante una pluralidad de clientes, entre otras posibilidades—, bien facilitando el acceso a la condición de TRADE a través de una modificación en profundidad del artículo 11 bis de la Ley 20/2007⁷⁶. En mi opinión, esta figura ha sido un factor más distorsionante de lo que parecería por las cifras que se han aportado y hay argumentos más poderosos para

75 Debe citarse el documento de CCOO, *Notas sobre la encuesta de población activa. Cuarto trimestre de 2019*, publicado el 28 de enero de 2020, en particular en su p. 14, con datos muy significativos.

76 Defendiéndola, M. T. Alameda Castillo, *op. cit.*

hacerla desaparecer. El primero y más obvio viene de la mano de su fracaso en términos cuantitativos, que aboga por suprimirla. El segundo consiste en que, más allá de los números expresados, la regulación del autónomo económicamente dependiente no ha hecho sino aumentar la inseguridad jurídica en torno a los límites entre trabajo autónomo y trabajo dependiente, en perjuicio de este último. Difícilmente los órganos judiciales podrían considerar como trabajador subordinado a una persona que presta servicios en condiciones próximas a las de un TRADE, pese a que no se plantee la declaración de tal por no haberse cumplido con los requisitos del artículo 11 bis. Desde esta perspectiva, puede concluirse que ha actuado como dique de contención frente a demandas relativas a falsos autónomos. Por consiguiente, ha sido contraproducente, al menos en relación con la Recomendación n.º 198 de la OIT, pues no ha cumplido en la medida de lo necesario con los criterios de claridad y adecuación a los que se refiere su apartado 2, así como con la eficacia de los procesos para la solución de controversias relativas a la existencia de una relación de trabajo —apartado 4 e—.

9. TRADE y otros autónomos

Como prueba del nueve de estas afirmaciones, la doctrina judicial española se ha comportado de forma bastante permisiva con las empresas, al admitir con bastante naturalidad la condición extralaboral de las relaciones de prestación de servicios en ámbitos tales como el de los autónomos subcontratistas que desarrollan su trabajo personal en los establecimientos de aquellas sin aportar medios materiales significativos. En términos generales, no ha habido óbices a que los últimos subcontratistas sean trabajadores autónomos, pese a su situación fuertemente dependiente de sus empresas principales⁷⁷. Bien es cierto que, en cuanto a los trabajadores de plataformas —en particular, Glovo y Deliveroo—, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia —sobre todo, a partir de STSJ de Madrid de 27 noviembre 2019⁷⁸— ha sido más bien proclive a reconocerles la condición de trabajadores, y finalmente el Tribunal Supremo así lo ha confirmado, en la anteriormente referida sentencia del 25 septiembre de 2020. Pero

77 Con cita de abundante doctrina judicial en mi estudio "Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo", en prensa en *Trabajo y Derecho*.

78 Rec. 588/19.

habrá que ver qué consecuencias acarrea el asunto Yodel⁷⁹, que, como se ha expresado con anterioridad, puede suponer un punto de inflexión, a pesar de que ha sido expresamente interpretado en clave restrictiva en dicha sentencia. Todo ello, por supuesto, a expensas de las previsibles intervenciones del cuerpo legislativo, que aparentemente pueden consolidar —al menos en el sistema español— las hipótesis expansivas del ámbito de lo laboral.

Curiosamente, el Estatuto del Trabajador Autónomo guarda cierta indiferencia en cuanto a la subcontratación⁸⁰. Cuando la regula, o al menos se refiere a ella —artículos 8 y 10—, lo hace para todos los trabajadores autónomos y no solo para los TRADE. El artículo 11 no considera la subcontratación en absoluto, por más que constituye la situación más habitual en la que los trabajadores autónomos padecerán la dependencia económica en los términos previstos en el propio precepto. Solo la tiene en cuenta en negativo, para excluir radicalmente que pueda ser TRADE quien “contrate o subcontrate parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes”. Por consiguiente, solo el profesional ubicado en el último eslabón de la cadena de subcontratación puede ostentar la condición jurídica de económicamente dependiente.

Al margen de estas disquisiciones, la presencia en el entramado de las subcontrataciones de trabajadores autónomos ha contado con un aliado importante, el derecho de libre empresa del artículo 38 de la Constitución española. Lo cual se proyecta en un doble sentido: de una parte, el derecho de las empresas clientes de organizarse de acuerdo con sus propios criterios y de elegir flexiblemente a sus auxiliares. De otra, el derecho de los propios autónomos, en cuanto empresas, a desarrollar su actividad, de la forma que decidan. Desde luego, ambos derechos no deberían tener una importancia decisiva en cuanto a la naturaleza de la relación entre un profesional que presta servicios y la entidad que se beneficia de ellos. Pero tiene una afectación indirecta, en el sentido de que la identidad del trabajador autónomo que desarrolla su actividad en el contexto de la externalización de actividades puede encontrar amparo

79 Cit.

80 Así lo destacan J. García Murcia y I. A. Rodríguez Cardo, *op. cit.*, pp. 223 y ss.

constitucional, en cuanto que derecho de los ciudadanos. Debe añadirse, finalmente, que, desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, se presta muy poca atención al trabajador autónomo. Apenas una referencia central en el caso de coordinación de actividades en el centro de trabajo —artículo 24 de la Ley 31/1995, del 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales, y en su normativa de desarrollo— y algo más de atención en el sector de la construcción —RD 1627/1997, del 24 octubre, como incorporación a España de la Directiva 92/57/CEE, y alguna referencia en la Ley 32/2006, del 18 octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción—. En todas estas normas se le concibe más bien desde la perspectiva de elemento de riesgo en el contexto de una política de prevención integral en las empresas y como deudores de seguridad y menos como sujetos con derecho a una protección eficaz de su seguridad y su salud en el trabajo. También desde este punto de vista, el problema de la calificación de su vínculo jurídico con el empresario alcanza una importancia decisiva.

10. Un par de ideas sobre los derechos colectivos de los trabajadores autónomos

Sería imposible aquí una tarea que excediera de apuntar unas cuantas ideas generales. En referencia al derecho de sindicación de los trabajadores autónomos, debe constatarse que hay sistemas internos que lo reconocen y otros que no, sin que sea sencillo distinguir una postura mayoritaria. Con todo, y para tomar partido en esta controversia, habría que recordar que la Declaración de OIT de 1998 no distingue entre trabajadores subordinados y autónomos en cuanto a su ámbito de aplicación, como corolario de la aplicación del Convenio n.º 87 tanto a las asociaciones de trabajadores como de empresarios⁸¹. Aunque, ciertamente, esta segunda idea bien puede contestarse alegando que los trabajadores autónomos, en cuanto empresas, pueden disfrutar del derecho de organización empresarial.

Desde otra perspectiva, y entre los sistemas que sí lo reconocen, al menos desde un plano teórico, habría que indagar qué derechos de acción colectiva garantizan a los autónomos. No tanto desde el plano

⁸¹ He destacado esta idea en mi estudio "Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía". *Revista de Derecho Social*, n.º 86, 2019, pp. 63 y ss.

de un reconocimiento abstracto como de las limitaciones en su ejercicio. Por ejemplo, y como cuestión importante, habría que preguntarse sobre qué calificación jurídica tendría una organización que asocie en exclusiva a trabajadores autónomos o a ciertos colectivos de trabajadores autónomos definidos en función del ámbito en el que despliegan su actividad, el volumen económico de su actividad o cualquier otro criterio. En particular, la pregunta sería si se asimilarían más bien a organizaciones de empleadores, las cuales absorberían su estatuto jurídico.

Además, en relación causa-efecto con el interrogante anterior, habría que cuestionarse acerca de la validez de los acuerdos colectivos que alcancen los autónomos a través de sus representantes. Tiene gran trascendencia valorar si los sindicatos que negocian en su nombre actúan como asociaciones de empresarios o como asociaciones de trabajadores⁸². Puede suceder que, de hecho, los representantes de los autónomos en tales acuerdos colectivos sean sindicatos que asocien indistintamente a trabajadores autónomos y trabajadores subordinados, e incluso que los beneficiarios de tales acuerdos sean, en toda su extensión o, al menos, a ciertos efectos, unos y otros. En tales casos, de nuevo es crucial la pregunta previa de si los autónomos son genuinamente tales o se trata de supuestos de fraude de ley.

En este debate, debe tenerse en cuenta el impacto del derecho de la competencia, pues la eficacia de tales acuerdos con toda seguridad quedará amenazada por la normativa de protección de la competencia. En el ámbito de la Unión Europea y del Consejo de Europa —al igual de lo que ha sucedido más tradicionalmente en el sistema jurídico de EE. UU.—, se ha producido una posición beligerante por parte de las empresas, que se ha traducido en respuestas más o menos diversas, pero han tenido como patrón común el reconocimiento de la no aplicación en todas sus consecuencias del derecho *antitrust* cuando se trate de convenios colectivos que regulen las condiciones de trabajo de los trabajadores dependientes. En el caso del Tribunal de Justicia de la UE, a partir del asunto Albany⁸³, se ha reconocido una amplia exención del convenio del ámbito de aplicación del derecho de la competencia, siempre que se destine a mejorar las condiciones de trabajo y empleo de

82 Es, en el fondo, el debate del asunto FNV Küsten (cit.)

83 Asunto C-67/96, sentencia de 21 de septiembre de 1999.

los trabajadores dependientes⁸⁴.

Cuando se trata de autónomos ha habido una fuerte contestación por parte de las autoridades de la competencia, que se ha plasmado en opiniones divergentes de unos órganos judiciales y otros, ya en favor de reconocerles el derecho de fijación colectiva de honorarios, ya considerando esos acuerdos como ejemplos claros de cárteles. Vg., cabe confrontar la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto FNV Kunsten, 2013) —sometiendo totalmente estos acuerdos a la normativa de defensa de la Competencia— con la del Comité Europeo de Derechos Sociales (asunto ITUC v República de Irlanda, 2018⁸⁵), más proclive a ampararlos en el derecho de negociación colectiva y, en consecuencia, a reconocer un cierto margen de inmunidad frente al ordenamiento *antitrust*.

Objeciones aún mayores plantea la acción colectiva de los trabajadores autónomos, ya se trate de huelgas, ya de otras medidas de conflicto colectivo. Al respecto, la inexistencia de una clara entidad destinataria de esta se utiliza como argumento central, pues la huelga presupone la identificación de un sujeto frente al que se convoca, que no existe claramente cuando no hay una relación laboral. Sin embargo, es evidente que, en realidades diversas y con carácter cada vez más recurrente, se pueden observar acciones concertadas de trabajadores autónomos —al menos formalmente autónomos— que se dirigen, en ocasiones, contra una o varias entidades clientes, relacionadas de formas diversas entre sí y con los colectivos convocantes. También se aprecian convocatorias que no tienen un destinatario definido, que se dirigen más bien a llamar la atención sobre las precarias condiciones en las que trabajan. En realidad, este aspecto de “exteriorización” de una situación profesional también es predominante en no pocas convocatorias que afectan a trabajadores subordinados, en particular aquellas en las que los principales perjudicados por las acciones colectivas sean los ciudadanos usuarios de los servicios o adquirentes de los bienes. Aunque, con carácter general, no se ha dado carta de naturaleza a la huelga de trabajadores autónomos y prevalecen doctrinas judiciales clásicas contrarias a esta, es obvio que un futuro no muy lejano debe asistir a un replanteamiento

84 Sobre este caso, en relación con el trabajo autónomo, I. Lianos, N. Countouris y V. de Stefano, *op. cit.*, p. 18.

85 *Ibid.*, p. 33.

de este asunto.

Los sistemas latinoamericanos, en términos generales, son más bien poco proclives al reconocimiento de la sindicación de los trabajadores autónomos, aunque algunos lo afirman expresamente. En el caso de Brasil, se admite, pero con base en categorías diferenciadas, o en profesiones regladas, como es el caso de los autónomos del área de la salud, la ingeniería, representantes de comercio o agentes de la propiedad inmobiliaria, entre otros. En cualquier caso, su sindicación está expresamente reconocida por la *Consolidação das Leis de Trabalho*⁸⁶. También en Chile está proclamado por el artículo 216 c) del Código de Trabajo, que define el sindicato de trabajadores independientes como “aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno”⁸⁷.

Por el contrario, en México no se contempla la sindicación de estos colectivos. Tampoco en Colombia, aunque es una cuestión que pertenece al actual debate político. El sistema argentino, por su parte, se encuentra en una posición ciertamente contradictoria, puesto que la legislación no les niega a los autónomos este derecho fundamental, pero el Ministerio persevera en una interpretación de corte restrictivo, que se ampara en el artículo 1 del Decreto 467/88, reglamentario de la Ley de Asociaciones Sindicales, n.º 23.551⁸⁸. No obstante, existen algunos sindicatos de trabajadores autónomos entre profesionales, tales como actores, distribuidores de diarios, técnicos escénicos, paramédicos, etc. En Costa Rica, por su parte, no hay una práctica consolidada de sindicatos de autónomos, pues estos se agrupan generalmente en asociaciones, aunque no hay óbice que impida la sindicación, al amparo del Convenio n.º 87 de OIT.

En Venezuela, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 reconocía y garantizaba expresamente este derecho de los trabajadores

86 Art. 511: “É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas”.

87 Incluso cabe la afiliación plural en el caso de que la persona en concreto realice dos o más actividades por cuenta propia (Dictamen n.º 601/39 de 3 febrero 2004).

88 “A los fines de la ley se entiende por trabajador a quien desempeña una actividad lícita que se presta en favor de quien tiene facultad de dirigirla”.

autónomos, al que se anudaba el de negociación colectiva⁸⁹. En la actualidad, también se proclama, de acuerdo con el artículo 377 de la Ley Orgánica de 2012, pero con dos requisitos adicionales; que concurren, al menos, 40 personas autónomas y que todas ellas se dediquen a la misma profesión, oficio o actividad⁹⁰. No obstante, en la práctica son bastante infrecuentes estas organizaciones sindicales. Una excepción es el sindicato del transporte, que aúna a trabajadores subordinados y autónomos.

11. Conclusión

El problema del fraude de ley sigue siendo fundamental en este debate. En los últimos años se ha asistido a un cambio de paradigma doctrinal que ha consistido, básicamente, en ofrecer un soporte de legitimación al trabajo autónomo, que se derivaría de unas transformaciones productivas, a partir de las cuales las organizaciones recurren con más asiduidad a trabajadores autónomos. La mayor capacidad profesional y formación producen unos perfiles de prestadores de servicios con mayor capacidad de decisión y más autosuficiencia organizativa. Las relaciones productivas actuales animan a cada vez más personas a emprender proyectos independientes, fuera del ámbito de las clásicas relaciones de ajenidad y dependencia. La mayor flexibilidad de las organizaciones productivas de reducida dimensión, más adaptables a un mercado en constante cambio y evolución determinan, de acuerdo con este planteamiento, una revolución del trabajo autónomo, en términos de su multiplicación y desarrollo exponencial.

No se trata de negar todo lo anterior, pero sí de situarlo en su justa medida. El encubrimiento de la dependencia continúa siendo una obstinada tendencia de las organizaciones productivas, poco dispuestas en demasiadas ocasiones a admitir responsabilidades laborales. Si a

89 “Los trabajadores no dependientes podrán organizarse en sindicatos de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de esta Ley y celebrar acuerdos similares a las convenciones colectivas de trabajo según las disposiciones del Capítulo III del mismo Título, en cuanto sean aplicables; serán incorporados progresivamente al sistema de la Seguridad Social y a las demás normas de protección de los trabajadores, en cuanto fuere posible”.

90 “Los trabajadores y las trabajadoras no dependientes podrán formar sindicatos de ámbito territorial local o estatal con un número de cuarenta o más trabajadores y trabajadoras de la misma profesión, oficio o actividad”.

finales de los años noventa y principios de los noventa se desarrolló una importante doctrina académica acerca de la “huida del Derecho del Trabajo”, como fenómeno masivo de simulación y ocultación, es bueno expresar, treinta años más tarde, que continúa siendo la explicación más importante, al menos cuantitativamente, del crecimiento sostenido que ha experimentado el trabajo por cuenta propia. Luchar contra el fraude de ley y debelar a quienes sostienen la disimulación de contratos de trabajo mediante artificios variados constituye un empeño en el que los Estados miembros de la OIT deben empeñarse, en recta observancia de la Recomendación n.º 198 de la OIT.

Con el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación, se ha producido un gran despliegue de nuevos mecanismos de control, directos e indirectos, abiertos u opacos, a partir de los cuales, y de una apariencia más o menos verosímil de trabajo autónomo, habría que concluir necesariamente que existe una clara subordinación. No se trata solamente de recursos tecnológicos que permiten un control y una ordenación constante de la relación de prestación de servicios, sino de elementos implícitos en el contrato que subordinan fuertemente a una de las partes frente a la otra. Estos elementos pueden resultar difíciles de detectar cuando las relaciones que se establecen entre ambas partes no responden al esquema tradicional de contratos típicos y nominados, como es el caso del de ejecución de obra, sino atípicos y con cláusulas expresas y tácitas heterogéneas. Además, la disparidad de posiciones de poder produce que, al margen del régimen del contrato, exista *de facto* un contenido oculto en el que la supuesta autonomía que podría deducirse del contenido expreso queda anulada o diluida.

Además, en el contenido de los contratos que rigen las prestaciones de servicios se incluyen elementos conceptuales diferenciados, que se adscriben a una relación ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena. Por ejemplo, ser parte empleadora más o menos esporádicamente de trabajadores, a causa de ciertas vicisitudes o como posibilidad expresamente admitida en el contrato. O asumir cierto nivel de riesgo en el negocio. O aportar al contrato ciertos medios materiales o inmateriales. Tales cláusulas a veces se incluyen deliberadamente a instancia de la empresa para evitar, en la medida de lo posible, que se pueda discutir la naturaleza del vínculo contractual. Otras veces responden, precisamente,

a una posición de especial debilidad del trabajador, al que se le imputan ciertos riesgos por la voluntad unilateral de la otra parte, o se le exige la aportación de elementos materiales de mayor o menor valor. Desde otro plano, aspectos tales como la libertad —más o menos real— de elección del horario o la jornada por parte del prestador del servicio o la capacidad de rehusar los encargos de la empresa se introducen en particular en ámbitos en los que, por el número de trabajadores disponibles o por la capacidad de aquella de ajustar la oferta y la demanda, probablemente a través de aplicaciones y de sistemas logarítmicos, tales circunstancias no distorsionan la actividad productiva.

Claramente, el auge del empleo autónomo, además de una cuestión de organización de empresas y de huida del Derecho del Trabajo, tiene un sesgo ideológico incuestionable. Desde diversos sistemas internos y regionales se ha promovido el autoempleo, a través de campañas potentes que han obviado y silenciado en demasiadas ocasiones las dificultades y obstáculos que lleva consigo, así como la probabilidad más o menos intensa de que el proyecto termine en un fracaso. Desde puntos de vista políticos concretos, ha sido una coartada, como otras, de beligerancia contra el marco jurídico de protección del contrato de trabajo. La asunción de riesgos, la renuncia a la protección legal y la capacidad de decidir se utilizan como eslóganes en favor de un ecosistema darwinista organizado en perjuicio de los débiles y de los vulnerables.

Dicho todo lo cual, la tarea de generar derechos para los trabajadores autónomos está pendiente con carácter general. La mayoría de los sistemas jurídicos, al menos por lo que respecta a las garantías sustantivas del trabajo autónomo, establecen umbrales de protección bastante modestos, sin perjuicio de que, en el ámbito de la seguridad social, los sistemas internos de los países desarrollados incorporen sistemas de protección más o menos homologables a los de los trabajadores subordinados. Este debate sobre la protección del autoempleo debe emerger en este contexto de la nueva economía, plagado de incertezas.

Teletrabajo: perspectiva iberoamericana

César Augusto Carballo Mena

TELETRABAJO: PERSPECTIVA IBEROAMERICANA*

César Augusto Carballo Mena**

El trabajo es una invasión a nuestra
intimidad (Woody Allen)***

Sumario: 1. Preámbulo. 2. Noción. 3. Encubrimiento del vínculo laboral y ambigüedades objetivas. 4. Evolución y rasgos esenciales del régimen jurídico iberoamericano. 5. Voluntariedad, formalidades, y reversibilidad. 6. Igualdad de condiciones respecto del trabajo presencial. 7. Deberes patronales de provisión, previsión, capacitación e instrucción. 8. Epílogo.

1. Preámbulo

Como prevención ante la pandemia de la COVID-19 —declarada el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud— devino imperativo abandonar —masivamente y con premura— los centros de trabajo, recurriendo, cuando ello resultó posible, al trabajo remoto mediante el uso, en gran parte de los casos de tecnologías de la información y la comunicación.

Esta modalidad de prestación de servicios y organización empresarial, hasta entonces marginal y focalizada en unos pocos sectores productivos¹, exhibe desde ese momento un carácter expansivo: una

* En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a cualquier género, sin distinción alguna. Asimismo, advierto que las cursivas y corchetes en citas textuales son míos.

** Jefe del Departamento de Derecho Social de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Bogotá). Profesor en el Curso de Derecho Constitucional Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela). carballomena@gmail.com.

*** Estoy consciente que incluir en la actualidad una cita de Woody Allen —centro de agrias polémicas— podría resultar perturbador para algunos. Precisamente por eso lo hago.

1 “Antes de la pandemia, solo una fracción de la fuerza laboral trabajaba ocasionalmente desde casa. Dentro de la Unión Europea (UE), la incidencia del teletrabajo regular u ocasional (teletrabajo en el hogar y teletrabajo móvil combinados) variaba del 30 por ciento o más en

crisis energética en la década del setenta del siglo pasado impulsó la concepción y estudio del teletrabajo²; una nueva crisis, más severa, por letal y ruinosa, forzó su ensayo global.

Esta experiencia sin precedentes augura un relevante desarrollo del teletrabajo más allá de la COVID-19, sobre todo si se toman en cuenta, entre otros factores, el abaratamiento de costos que entraña para el empleador —en medio de la severa crisis económica que deja tras de sí la pandemia—, su idoneidad para facilitar la prestación de servicios de trabajadores con ciertas discapacidades o para conciliar el trabajo con responsabilidades familiares, el ahorro en tiempo y dinero que supone eliminar o reducir los desplazamientos hacia —y desde— centros de trabajo y el vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación.

Obviamente, la virtualidad del servicio entraña riesgos análogos a los que ha afrontado el trabajo domiciliario, sobre todo en lo que atañe al encubrimiento o errónea calificación del vínculo jurídico, el déficit de medidas de seguridad y salud en el trabajo y las discriminaciones respecto de los trabajadores presenciales. Adicionalmente, la intensa utilización de la tecnología amplifica los poderes patronales de dirección y vigilancia, poniendo en riesgo el descanso del trabajador, su privacidad e intimidad y su núcleo familiar.

2. Noción

“Revestido de las deslumbrantes plumas y lentejuelas de la informática, el viejo (¡y cuán 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*”³.

Dinamarca, los Países Bajos y Suecia al 10 por ciento o menos en la República Checa, Grecia, Italia y Polonia. Según los estudios, hasta un 20 por ciento de la fuerza laboral de los Estados Unidos trabajaba regular u ocasionalmente desde su casa u otro lugar alternativo, un 16 por ciento en el Japón y solo un 1,6 por ciento en Argentina (Eurofound y OIT, 2019)”. Organización Internacional del Trabajo, *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica*, OIT, Ginebra, 2020, p. 3. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf.

- 2 Jack M. Nilles, F. Roy Carlson Jr., Paul Gray, and Gerhard Hanneman, *The telecommunications-transportation tradeoff. Options for tomorrow and today*, Jala International, California, 1973.
- 3 Oscar Ermida Uriarte, *Prólogo a Delimitación del contrato de trabajo* (César Augusto Carballo Mena, autor), UCAB, 2000, Caracas, p. 7.

El teletrabajo es —en gran medida— una especie de tecnotrabajo domiciliario. Alude, como reflejan los ordenamientos jurídicos iberoamericanos (Cuadro 1), al servicio personal ejecutado virtualmente, es decir, prescindiendo de la presencia física del trabajador, mediante la utilización de tecnologías de la información y la comunicación.

Esta modalidad de trabajo reviste como peculiaridad que el trabajador, en lugar de trasladarse hacia —y desde— un centro de trabajo, lo ensambla y desensambla a voluntad y en torno a sí. De este modo, el aislamiento individual, característico del trabajo a domicilio, se torna en integración virtual en la empresa, en cuyo ámbito las interacciones se desarrollan, preponderantemente, en un plano espaciotemporal heterogéneo.

3. Encubrimiento del vínculo laboral y ambigüedades objetivas

El teletrabajo, en tanto modalidad de servicios personales ejecutados a distancia y mediante tecnologías de la información y la comunicación, puede facilitar el encubrimiento de la relación de trabajo mediante la superposición de ornamentos propios de vínculos jurídicos de naturaleza disímil, generalmente civil o mercantil⁴, y entrañar rasgos ambiguos, como la facultad del trabajador para organizar el lugar y tiempo de trabajo, que la ubiquen en un área fronteriza o penumbrosa.

Si aún se debate, a propósito de las plataformas tecnológicas, el estatus —subordinado o autónomo— de trabajadores que visten uniforme, exhiben símbolos ajenos, carecen de clientela, perciben por su servicio el precio que otro impone y deambulan —incluso, frente a jueces e inspectores del trabajo— para cumplir servicios de encomienda o mensajería bajo instrucciones impartidas por el titular de la empresa, cómo no presagiar una situación análoga en el caso de los “invisibles” teletrabajadores subordinados.

4 En este sentido, la Recomendación 198 OIT dispone que “La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho” (párr. 8).

Los eventuales conflictos de calificación jurídica no devienen abortados, obviamente, por el hecho de que se defina *a priori* el teletrabajo como subordinado o dependiente⁵. En este escenario, apenas, se estaría excluyendo el teletrabajo autónomo o por cuenta propia del ámbito personal de aplicación del respectivo instrumento normativo.

Más útil resulta a los fines indicados reparar en los rasgos que han permitido reconocer el carácter subordinado o dependiente del trabajo a domicilio, caracterizado por la prestación de servicios en el lugar de habitación del trabajador o “en otros locales que [este] escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador”⁶; articulándose así una “empresa dispersa”⁷. Dicha circunstancia generó, en su tiempo, no poca conflictividad en torno al reconocimiento de la relación de trabajo, toda vez que los servicios son ejecutados al margen de horario y puesto de trabajo, sin dirección ni vigilancia directas, y, por lo general, con provisión de herramientas, facilidades y materias primas por parte del trabajador.

Cuadro 1. Noción de teletrabajo

Argentina: “Realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios [efectuadas] total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación” (Ley 27.555, art. 2).

Bolivia: “Desempeño de actividades remuneradas, utilizando las TIC en el marco de un contrato o relación de trabajo, en la cual no se requiere la presencia física del teletrabajador, siempre que las necesidades y la naturaleza del trabajo lo permitan” (Decreto Supremo 4218, art. 3).

5 Por ejemplo, art. 3 de la Ley N° 600 (El Salvador), art. 2.1 de la Ley 126 (Panamá) o art. 2 de la Ley 30036 que regula el teletrabajo, de 4 de junio de 2013 (Perú): “desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado —teletrabajador—, en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores”.

6 Art. 1.a.i, Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1997 (núm. 177) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

7 Armando Rocha et al. (1982): “Estatutos especiales. Trabajo a domicilio”. *Tratado de derecho del trabajo*. T. 6. Antonio Vázquez Vialard, director. Astrea, Buenos Aires, p. 1010.

Continuación

Cuadro 1. Noción de teletrabajo

Brasil: Prestación de servicios preponderantemente fuera de las dependencias del empleador, con la utilización de tecnologías de información y de comunicación que, por su naturaleza, no se consideran como trabajo externo (Consolidación de la Leyes del Trabajo, art. 75-B) (trad.).

Chile: Servicio prestado “total o parcialmente, desde [el] domicilio [del trabajador] u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa”, siempre que tales servicios sean prestados o reportados a través de “medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones” (Código de Trabajo, art. 152.G).

Colombia: “Desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación [...] para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo” (Ley 1.221, art. 2).

Ecuador: “Desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo” (Disposición reformativa primera de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario).

España: Actividad laboral prestada “en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular” y “mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación” (Real Decreto-Ley 28/2020, de trabajo a distancia, art. 2, a y b).

Continuación

Cuadro 1. Noción de teletrabajo

México: “Desempeño de actividades remuneradas, en lugares distintos al establecimiento o establecimientos del patrón, por lo que no se requiere la presencia física de la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo, en el centro de trabajo, utilizando primordialmente las tecnologías de la información y comunicación, para el contacto y mando entre la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo y el patrón” (Ley Federal del Trabajo, art. 330-A).

Paraguay: “Consiste en desempeñar una actividad, elaborar un producto o prestar un servicio a distancia, sin requerirse la presencia física del trabajador o trabajadora, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), realizado en el domicilio del trabajador o trabajadora o en un establecimiento distinto al lugar de trabajo del empleador, bajo un sistema de control y supervisión de sus labores a través del empleo de medios tecnológicos (Ley 6738, art. 6°).

Perú: “Modalidad especial de prestación de labores, de condición regular o habitual. Se caracteriza por el desempeño subordinado de aquellas sin presencia física del trabajador en el centro de trabajo, con la que mantiene vínculo laboral. Se realiza a través de la utilización de las plataformas y tecnologías digitales” (Ley del Teletrabajo, art. 3.1).

Portugal: Prestación laboral realizada bajo subordinación jurídica, habitualmente fuera de la empresa y mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación (Código de Trabajo, art. 233°) (trad.).

No obstante, el trabajador a domicilio aparece integrado en empresa ajena, produciendo para otro, en los términos y condiciones que este determina, sin contacto con clientela alguna y extraño a las medidas

o estrategias de mercado que influyen sobre el precio de los bienes o servicios^{8,9}; sometido, en definitiva, a una nítida subordinación estructural^{10,11} y objetiva¹².

Estos mismos rasgos, que podrían sintetizarse en la idea de inserción en empresa ajena —ex párrafo 13.a de la *Recomendación sobre la relación de trabajo*, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹³— resultarán, sin duda, relevantes para calificar jurídicamente, como subordinadas o autónomas, las diversas modalidades de teletrabajo.

En este sentido, la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil) advierte que “los medios telemáticos e informatizados de dirección, control y supervisión se equiparan, a los fines de la subordinación jurídica, a los medios personales y directos de dirección, control y supervisión del trabajo ajeno” (artículo 6, párrafo único). La norma trascrita es prácticamente reproducida por el artículo 18 de la Ley 6738 de 24 de mayo de 2021 (Paraguay)¹⁴. Por su parte, la —derogada¹⁵— Ley 30036 (Perú) consagraba un —breve y enunciativo— listín de indicios del carácter subordinado del teletrabajo, integrado por “la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos”, “la dependencia tecnológica” y “la propiedad de los resultados” (artículo 2, único aparte).

8 “[...] el dueño de la negociación es quien contribuye a provocar el alza o la baja de los precios, asunto en el que no participa el trabajador a domicilio”. Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, T. I, 4.ª edición, reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1959, pp. 866 y 867.

9 “Se trata de una prestación con cierto grado de autonomía, pero cuyo fruto no es colocado directamente en el mercado por quien lo realiza, a diferencia del artesano. Además, la actividad que se despliega reconoce un tenue grado de dirección, más o menos indirecta, por parte del intermediario o del empresario, según los casos. La oferta de los bienes producidos corre por cuenta de este último.” Armando Rocha et al., ob. cit., p. 1010.

10 Sentencia dictada en RR-119400-55.2007.5.03.0001, proferida por el Tribunal Superior del Trabajo (Brasil), 23 de abril de 2013, *apud* sentencia de 13 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado 33.º del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por Rodrigo Leonardo Silva vs. Uber do Brasil Tecnología Ltda.

11 Por cierto, circunstancias análogas a las que caracterizan a algunas modalidades de trabajo mediante plataformas digitales: “La eventualidad del trabajo en plataformas digitales junto con la desagregación de tareas grandes en piezas más pequeñas no parece tan diferente de las modalidades laborales temporales que aún existen en la industria textil y de ropa, ya sea en talleres clandestinos o en el hogar del trabajador [...]”. OIT (2019): *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Ginebra, p. 7.

12 En lo que respecta al control —diferido— sobre el resultado del trabajo, sometido estrictamente a estándares patronales.

13 Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, UCAB, Caracas, 2016, pp. 103-104, 150-153 y 156-158.

14 “Los medios de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) de dirección, control y supervisión se equiparán a los medios personales directos utilizados en la modalidad presencial”.

15 Ley del Teletrabajo, de 20 de mayo de 2021, disposición complementaria derogatoria, única.

4. Evolución y rasgos esenciales del régimen jurídico iberoamericano

El régimen jurídico iberoamericano en materia de teletrabajo subordinado o dependiente exhibe, por lo menos, tres elementos comunes: i) el teletrabajo como modalidad consensual, sujeta a formalidades y reversible; ii) la igualdad de condiciones respecto del trabajo presencial, y iii) la especial regulación de los deberes patronales de provisión, previsión, capacitación e instrucción.

La evolución de dicho régimen permite trazar, sin pretensión de exhaustividad, las siguientes etapas:

- i. En primer lugar, una suerte de *paleorégimen* que apenas avizó —entre los años 1990 y 2008— la eventual domiciliación del trabajo mediante instrumentos tecnológicos, sin someterlo a norma específica alguna. En este ámbito se inserta el artículo 301 de la Ley Orgánica del Trabajo del 20 de diciembre de 1990 (Venezuela), por cuya virtud el ministro con competencia en materia laboral podría regular, mediante “resoluciones especiales”, el trabajo a domicilio que “sea consecuencia de nuevos sistemas operacionales derivados del progreso tecnológico”. Aunque con menor nitidez, podría incluirse también en este período el artículo 2.d de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral de 21 de marzo de 1997 (Perú), conforme al cual “el impacto de los cambios tecnológicos en las relaciones laborales” podría “ser materia de negociación colectiva”, incluidos los “mecanismos alternativos de implementación de las modalidades de contratación laboral” que dicha ley prevé.
- i. En la segunda etapa, desarrollada entre 2008 y 2020, se acuñó normativamente la voz *teletrabajo* y se le concibió —en términos generales— como aquel servicio ejecutado a distancia mediante tecnologías de la información y la comunicación.

Este período se inaugura en Colombia, mediante la Ley 1221 “por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo”, de 16 de julio de 2008¹⁶. En Portugal, la reforma del Código

16 Reglamentada mediante Decreto 884 de 30 de abril de 2012.

de Trabajo de 12 de febrero de 2009 incorporó el régimen de teletrabajo (artículos 165-171). En Argentina —mediante normativa sublegal— fue creada la Coordinación de Teletrabajo en el ámbito de la Secretaría de Empleo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (Resolución MTESS 147/2012 del 10 de febrero de 2012). Se fijaron condiciones básicas de seguridad e higiene en el teletrabajo (Resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo 1552/2012 del 8 de noviembre de 2012) y mereció impulso el Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo (Resolución MTESS 595/2013 de 1 de julio de 2013). En México, la reforma de la Ley Federal del Trabajo del 30 de noviembre de 2012 precisó que el trabajo prestado “a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación” sería considerado como especie de trabajo a domicilio (artículo 311, primer aparte)¹⁷. En Perú fue sancionada la Ley 30036 “que regula el Teletrabajo”, del 4 de junio de 2013¹⁸. En Brasil, la Ley 13467 del 13 de julio de 2017 reformó la Consolidación de las Leyes del Trabajo para, entre otros tópicos, regular la modalidad de teletrabajo (Título II¹⁹, Capítulo II-A²⁰, artículos 75-A al 75-E). En Costa Rica fue sancionada, mediante Decreto Legislativo 9738 del 18 de septiembre de 2019, la Ley para Regular el Teletrabajo²¹. Finalmente, el 18 de febrero de 2020, en el umbral de la pandemia de la COVID-19, se sancionó en Panamá la Ley 126 que establece y regula el teletrabajo.

- ii. El reconocimiento, por parte de la Organización Mundial de la Salud, del carácter pandémico de la COVID-19, el 11 de marzo de 2020, marcó el inicio de una tercera etapa en la regulación del teletrabajo. En ella, como lógica consecuencia de las medidas de confinamiento preventivo, se expandió notablemente la regulación del teletrabajo, ora con vigencia indeterminada, ora restringida a la superación de aquella contingencia:

17 Esta perspectiva fue abandonada en la reforma legislativa de 11 de enero de 2021, en cuyo ámbito el teletrabajo mereció tratamiento autónomo (Capítulo XII Bis).

18 Reglamentada mediante Decreto Supremo 017-2015-TR de 2 de noviembre de 2015.

19 De las normas generales de tutela del trabajo.

20 *Do Teletrabalho*.

21 Reglamentada mediante Decreto Ejecutivo 42083-MP-MTSS-MIDEPLAN-MICITT de 20 de diciembre de 2019.

iii.i. En el primer supuesto se ubican la Ley 600 de Regulación del Teletrabajo, de 20 de marzo de 2020 (El Salvador); la Ley 21220, del 24 de marzo de 2020, que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia (Chile); el Decreto Supremo 4218, de 14 de abril de 2020, y la Resolución Ministerial 220/20, de 24 de abril de 2020, que consagra el Reglamento de Implementación del Teletrabajo (Bolivia); la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada de la COVID-19, de 19 de junio de 2020 (Ecuador); la Ley 27555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, de 13 de agosto de 2020 (Argentina); la reforma de la Ley Federal del Trabajo, de 11 de enero de 2021 (México); la Ley del Teletrabajo, de 20 de mayo de 2021 (Perú), y la Ley 6738, de 24 de mayo de 2021 (Paraguay).

iii.ii. Entre los instrumentos normativos con vigencia determinada cabe destacar la Guía para la prevención del Coronavirus en el ámbito laboral (párrafo 5.3.1) aprobada mediante Resolución del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo N° 055/2020-TR, de 6 de marzo de 2020 (Perú); el Acuerdo Ministerial N° MDT-2020-076, de 12 de marzo de 2020, contentivo de directrices para la aplicación del teletrabajo emergente durante la declaratoria de emergencia sanitaria (Ecuador), y la Resolución MTESS N° 598/2020, de 31 de marzo de 2020, reglamentando el artículo 20 de la Ley 6524 (Paraguay), que “declara Estado de Emergencia [...] ante pandemia [...] a causa del COVID-19 o Coronavirus”, cuyo objeto —ex artículo 2°— es “establecer las condiciones mínimas que deben regir las relaciones laborales del sector privado que se desarrollen con carácter excepcional y temporal, mediante la modalidad de teletrabajo”. En Venezuela, contrastando con la inmensa mayoría de los países iberoamericanos, las contingencias derivadas de la pandemia de la COVID-19, entre ellas la domiciliación forzosa del trabajo como medida de prevención, han sido objeto de una regulación ínfima: mediante el Decreto 4160 de Estado de Alarma del 13 de marzo de 2020²² se atribuyó al presidente de la República la

22 Prorrogado mediante Decretos 4.186 de 12 de abril de 2020 (Gaceta Oficial N° 6.528 Ext. de la misma fecha) y 4.198 de 12 de mayo del mismo año (Gaceta Oficial N° 6.535 Ext. de la misma fecha).

facultad, entre otras, de “ordenar la suspensión de actividades en determinadas zonas o áreas geográficas”, lo cual habría de implicar necesariamente “la suspensión de las actividades laborales cuyo desempeño no sea posible bajo alguna modalidad a distancia que permita al trabajador desempeñar su labor desde su lugar de habitación” (artículo 8). En consecuencia, el teletrabajo aluvional y forzoso que derivó de la súbita suspensión de actividades productivas como consecuencia de la COVID-19 y el consecuente confinamiento general de la población, devino sujeto al régimen del *trabajo a domicilio*, ex art. 216, único aparte del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, de 30 de abril de 2012²³.

5. Voluntariedad, formalidades, y reversibilidad

El teletrabajo —en la órbita que se analiza— debe ser objeto de pacto —originario o sobrevenido— por escrito²⁴, comúnmente notificado o registrado ante órganos de la administración del trabajo²⁵, y susceptible de reversión por mutuo acuerdo²⁶ o, cuando fuese así previsto, por voluntad unilateral de alguno de los sujetos de la relación de trabajo²⁷.

23 “[...] cuando el trabajo a domicilio sea consecuencia de nuevos sistemas operaciones derivados del progreso tecnológico [el ministerio con competencia en materia de trabajo podrá] dictar uno o varios reglamentos especiales aplicables a las relaciones laborales correspondientes”. La norma transcrita reprodujo —en gran medida— el contenido del art. 301 de la Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990.

24 Arts. 7 de la Ley N° 27.555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo de 13 de agosto de 2020 (Argentina), art. 6.10 de la Ley 1221 (Colombia); art. 4 del Decreto Supremo 4.218 y art. 8 de la Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); art. 75-C de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil); art. 152.K del Código del Trabajo (Chile); art. 7 de la Ley 9.738 y art. 4 del Decreto Ejecutivo 42083 (Costa Rica); arts. 5-7 de la Ley 600 (El Salvador); art. 6.1 del Real Decreto-ley 28/2020 (España); arts. 330-B y 330-G de la Ley Federal del Trabajo (México); arts. 4 y 5 de la Ley 126 (Panamá); art. 8.b de la Ley 6738 (Paraguay); art. 6.3 de la Ley del Teletrabajo (Perú), y art. 166.5 del Código de Trabajo (Portugal).

25 Art. 18 de la Ley N° 27.555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo de 13 de agosto de 2020 (Argentina), art. 7 de la Ley 1221 (Colombia); art. 152.O del Código del Trabajo (Chile); art. 8.V de la Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); arts. 317 y 319 de la Ley Federal del Trabajo (México); art. 5 de la Ley 126 (Panamá); art. 5 del Acuerdo Ministerial MDT-2020-076 y disposición reformativa primera Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (Ecuador).

26 El art. 10 de la Ley 600 (El Salvador) prevé un lapso de prueba de treinta (30) días, dentro del cual el trabajador podría exigir la reversión del teletrabajo a modalidad presencial.

27 (i) Voluntad patronal: art. 75-C, 2° aparte de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil); art. 6.e de la Ley 9.738 y art. 7 del Decreto Ejecutivo 42083 (Costa Rica); art. 18 de la Ley 600, en el sector público (El Salvador); art. 3 de la Ley 126 (Panamá); art. 4 de la Ley 30036 y art. 4.3 del Decreto Supremo 017-2015-TR (Perú). (ii) Voluntad del trabajador, en caso de teletrabajo sobrevenido: art. 8 de la Ley N° 27.555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo de 13 de

En el ámbito de la relación de trabajo, la voluntad del trabajador siempre genera suspicacias por el arquetípico desequilibrio en el poder de negociación que caracteriza a los sujetos de dicho vínculo jurídico. Precisamente por ello, se justifica que el acuerdo —originario o sobrevenido— de prestar servicios personales bajo modalidad de teletrabajo deba revestirse de la formalidad de escrituración y notificarse ante la administración de trabajo con el objeto de que esta, idealmente, verifique que no se encuentra viciada la voluntad del teletrabajador y, en todo caso, se observe rigurosamente el régimen jurídico que corresponda.

Con análoga finalidad tuitiva, algunos instrumentos normativos prevén medidas de promoción sindical, entre las cuales destacan el deber de propiciar —mediante suministro de información²⁸, facilidades tecnológicas²⁹, libre acceso a centros de trabajo, y/o subsidio de ciertas actividades³⁰— la interacción entre teletrabajadores y organizaciones sindicales, y/o la atribución a dichas organizaciones de funciones reglamentarias³¹ o de gestión del teletrabajo³².

agosto de 2020 (Argentina), art. 6.10 de la Ley 1221 y art. 3, parágrafo único, del Decreto 884 (Colombia). (iii) Voluntad del trabajador o del patrono, en caso de teletrabajo sobrevenido: art. 152.I del Código del Trabajo (Chile) y art. 8.c de la Ley 6738 (Paraguay).

- 28 La Ley 27555 (Argentina) prevé el deber de la administración del trabajo de informar a la “organización sindical pertinente” acerca de los empleadores que adopten la modalidad de teletrabajo, el “software o plataforma a utilizar” y la “nómina” de teletrabajadores (art. 18).
- 29 El art. 171 del Código de Trabajo (Portugal) prevé que las tecnologías de la información y la comunicación afectas a la prestación del servicio puedan ser utilizadas para asegurar la participación del teletrabajador en reuniones promovidas en el lugar de trabajo por estructuras de representación colectiva de los trabajadores (núm. 2), y que —a su vez— dichas instancias puedan comunicarse con sus representados para, entre otros fines, divulgar informaciones que estimen pertinente (núm. 3). En sentido análogo, el art. 330-C de la Ley Federal del Trabajo (México) dispone que deberán facilitarse “los mecanismos de comunicación y difusión a distancia con los que cuente el centro de trabajo, incluyendo el correo electrónico u otros, con el fin de garantizar que las personas trabajadoras bajo la modalidad de teletrabajo tengan conocimiento de los procedimientos de libertad sindical y negociación colectiva”.
- 30 El Código del Trabajo (Chile) impone al empleador informar por escrito a los teletrabajadores acerca de las organizaciones sindicales que actúen o se constituyan en el ámbito de su empresa (art. 152.N) y garantizarles el libre ingreso “a las instalaciones de la empresa” y la participación en actividades colectivas, soportando —en este último supuesto— “los [consecuentes] gastos de traslado” (art. 152.Ñ). La Ley 6738 (Paraguay) impone al empleador garantizar la “participación [del teletrabajador] en las reuniones que se realicen” y “promover [su] integración social con el resto de sus compañeros/ras” (sin precisar si tales actividades abarcan aquellas dirigidas a alcanzar fines sindicales).
- 31 La Ley 27555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo de 13 de agosto de 2020 (Argentina) somete la reglamentación específica de dicho régimen a la negociación colectiva (arts. 1, 2, 3, 6, 9, 10 y 17) e impone la vinculación del teletrabajador a algún centro de trabajo a los fines de asegurar su derecho a “integrar los órganos de la asociación sindical” (art. 13).
- 32 El art. 16 de la Ley 27.555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo de 13 de agosto de 2020 (Argentina) impone la participación sindical en la implementación de “sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador”, “a fin de salvaguardar la intimidad” del teletrabajador y la “privacidad de su domicilio”.

Por último, resulta pertinente enfatizar que la imperativa escrituración del contrato de teletrabajo pretende solo facilitar la prueba del vínculo laboral y el control de cumplimiento de deberes patronales. En ningún caso, bajo la égida del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias³³, el incumplimiento del contrato escrito enerva la existencia de la relación de trabajo³⁴.

6. Igualdad de condiciones respecto del trabajo presencial

La ejecución del servicio al margen de centros de trabajo propicia el riesgo de discriminaciones, análogas a las que afrontan los trabajadores a domicilio: “la política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa”³⁵.

Dichas discriminaciones resultan particularmente frecuentes y/o relevantes en ámbitos, tales como seguridad y salud en el trabajo³⁶, remuneración, formación, edad mínima, protección de la maternidad y libertad sindical³⁷.

33 Consagrado, por ejemplo, en las Constituciones republicanas de Bolivia (Art. 48.II.- “[...] primacía de la relación laboral [...]”), Colombia (Art. 53.- “[...] primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”) y Venezuela (Art. 89.1.- “En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias”). Asimismo, la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) prevé que “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes” (párr. 9).

34 Así, por ejemplo, el art. 166.7 del Código de Trabajo (Portugal) advierte que la forma escrita — del contrato de teletrabajo — se exige solo a efectos de probar la estipulación de dicho régimen.

35 Art. 4.1 del Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1997 (núm. 177).

36 “La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio”. Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1997 (núm. 177), art. 7.

37 Ver arts. 152.N y 152.Ñ del Código del Trabajo de Chile, reformado mediante la Ley 21.220 de 24 de marzo de 2020 y arts. 1, 12, 13, 15 y 18 de la Ley N° 27.555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo de 13 de agosto de 2020 (Argentina). Aunque sin revestir carácter promocional, cabe también referir al art. 6.6.a de la Ley 1221 (Colombia) y el art. 6.e del Decreto Supremo 017/2015-TR (Perú).

Atendiendo a lo antes expresado, la normativa iberoamericana sobre teletrabajo (Cuadro 2) suele incluir la mención al principio de igualdad —respecto de los trabajadores presenciales bajo el poder de mando del mismo empleador, si fuese el caso— y la interdicción de eventuales discriminaciones, esto es, la proscripción de aquellas distinciones arbitrarias, cualquiera fuese su fuente, que tuviesen por objeto o efecto la supresión o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos reconocidos a los trabajadores presenciales (igualdad como equiparación).

La efectividad del principio de igualdad entre trabajadores presenciales y teletrabajadores dependerá en gran medida, como antes se indicó, del cabal ejercicio de las funciones policivas del Estado a través, fundamentalmente, de la inspección del trabajo³⁸ y el pleno ejercicio de la libertad sindical.

Cuadro 2. Igualdad entre teletrabajadores y trabajadores presenciales

Argentina: Los teletrabajadores “gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial y su remuneración no podrá ser inferior a la que percibían o percibirían bajo la modalidad presencial” (Ley 27.555, art. 3).

Colombia: “El empleador debe promover la igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación, acceso a mejores oportunidades laborales y demás derechos fundamentales laborales, entre teletrabajadores y demás trabajadores de la empresa privada o entidad pública” (Decreto 884, art. 4).

Costa Rica: “la persona teletrabajadora [...] mantiene los mismos beneficios y obligaciones de aquellos que desarrollen funciones equiparables con las de la persona teletrabajadora en las instalaciones físicas de la persona empleadora, de conformidad con la normativa aplicable a cada relación establecida entre ellos” (Ley 9.738, art. 6).

38 En el sentido que se le atribuye el art. 9.1 del Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1997 (núm. 177).

Continuación

Cuadro 2. Igualdad entre teletrabajadores y trabajadores presenciales

El Salvador: “Las personas empleadas bajo la modalidad del teletrabajo tienen los mismos derechos individuales y colectivos que los trabajadores presenciales, en cuanto a seguridad social, previsional, prestaciones de ley, seguridad e higiene ocupacional y libertad sindical” (Ley 600, art. 11).

España: “Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional” (Real Decreto-Ley 28/2020, de trabajo a distancia, art. 4.1).

México: “El patrón debe promover el equilibrio de la relación laboral de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo, a fin de que gocen de un trabajo digno o decente y de igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación, seguridad social, acceso a mejores oportunidades laborales y demás condiciones [reconocidas] a los trabajadores presenciales que prestan sus servicios en la sede de la empresa” (Ley Federal del Trabajo, art. 330-H).

Paraguay: “Los trabajadores que se desempeñen bajo modalidad de teletrabajo, tendrán los mismos derechos y obligaciones que un trabajador que cumpla sus funciones en los establecimientos del empleador, sea público o privado” (Ley 6738, art. 8.a).

Perú: “El teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones que los establecidos para los trabajadores que laboran bajo la modalidad convencional, de acuerdo al tipo de régimen laboral al que pertenezca cada teletrabajador, salvo lo referido a la asistencia al centro de labores” (Ley del Teletrabajo, art. 6.1).

7. Deberes patronales de provisión, previsión, capacitación e instrucción

En los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, los deberes fundamentales del empleador, en lo que atañe a la modalidad de teletrabajo, resultan susceptibles de agruparse, según su objeto, así:

- i. Provisión de equipos y facilidades necesarios para la prestación del servicio³⁹, tales como equipos de computación, servicios de internet y electricidad y mobiliario; admitiéndose —en ciertos regímenes— su regulación por acuerdo entre los sujetos del vínculo laboral⁴⁰ o —con mayor adecuación al arquetípico poder asimétrico que caracteriza al vínculo laboral— mediante negociación colectiva⁴¹.
- ii. Previsión de la integridad —física, psíquica y moral— del teletrabajador⁴² ante la intensificación de los poderes patronales de dirección, vigilancia y disciplina como consecuencia de la perenne utilización de tecnologías de la información y la comunicación.

En esta esfera se inserta, entre otros muchos aspectos, el derecho del teletrabajador a la limitación de su jornada de trabajo y el disfrute de los descansos intrajornada, interjornada y vacacional, en términos análogos a los que rigen el trabajo presencial⁴³.

39 Por ejemplo, arts. 9 y 10 de la Ley 27555 (Argentina), arts. 7.II y 9.c de la Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); art. 6.7 de la Ley 1221 (Colombia); art. 152.L del Código del Trabajo (Chile); arts. 11 y 12 del Decreto Ley 28/2020 (España); art. 324.II de la Ley Federal del Trabajo (México); arts. 16.4 y 10 de la Ley 126 (Panamá); art. 14.c de la Ley 6738 (Paraguay), y art. 7 de la Ley del Teletrabajo (Perú).

40 Art. 8 del Decreto Supremo 4.218, arts. 8.IV.c y 8.IV.l de la Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); art. 75-D de la Consolidación de la Leyes del Trabajo (Brasil); art. 8.a de la Ley 9738 (Costa Rica); arts. 8.b, 8 *in fine* (sector privado) y 14 (sector público) de la Ley 600 (El Salvador); art. 10 de la Ley 126, en relación con la subvención de gastos (Panamá); art. 7 Ley del Teletrabajo (Perú), y art. 168.1 (Portugal).

41 Arts. 9 y 10 de la Ley N° 27.555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo de 13 de agosto de 2020 (Argentina).

42 Art. 3 de la Resolución 1552 y art. 14 de la Ley 27555 (Argentina); art. 6.9 de la Ley 1221 y art. 8 del Decreto 884 (Colombia); art. 9.g de la Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); art. 75-E de la Consolidación de la Leyes del Trabajo (Brasil); arts. 152.M y 152.N del Código del Trabajo (Chile); art. 8.c de la Ley 9738 (Costa Rica); arts. 15 y 16 del Decreto Ley 28/2020 (España); art. 14 de la Ley 126 (Panamá); art. 15 y 16 de la Ley 6738 (Paraguay); art. 12 de la Ley del Teletrabajo (Perú), y art. 169.1 del Código del Trabajo (Portugal).

43 Por ejemplo, art. 4 de la Ley 27555 (Argentina); art. 7 del Decreto Supremo 4.218 y art. 8.IV.b de la Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); art. 152.J del Código del Trabajo (Chile); arts. 6.1, 6.5 y 6, párrafo único de la Ley 1221, arts. 3.2 y 10 del Decreto 884 (Colombia); arts. 6.b y 6.c de la Ley 9738 y art. 5.f del Decreto Ejecutivo 42083 (Costa Rica); art. 4.4 de la Ley 126 (Panamá); art. 9 de la Ley 6738 (Paraguay), y art. 9 de la Ley del Teletrabajo (Perú).

Obviamente, el control sobre el tiempo de trabajo resultará más simple en el supuesto de servicios ejecutados en línea⁴⁴ o sometidos a cualquier otro mecanismo de medición del tiempo efectivo de trabajo. En caso contrario, deberá ponderarse si el trabajo contratado resultaba proporcional a aquel ejecutado —de ordinario— dentro de los límites máximos de la jornada de trabajo previstos legal o convencionalmente.

Legislaciones más recientes⁴⁵ prevén el derecho a la *desconexión digital*⁴⁶, entendido como facultad del teletrabajador de abstenerse de atender cualquier orden o requerimiento patronal durante el tiempo de descanso, pudiendo incluso desconectarse de las plataformas digitales o dispositivos electrónicos a través de los cuales presta —de ordinario— sus servicios, sin temor de sufrir por ello represalia alguna (Cuadro 3). Debe entenderse que este derecho —análogo al derecho del trabajador presencial a abandonar, durante el tiempo de descanso tanto el puesto como el centro de trabajo— entraña también, como lo advierte el artículo 18.1 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (España), el deber patronal de limitar “el uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso”. En otras palabras, el derecho a la desconexión digital impone al empleador, más que solo tolerar la inacción del teletrabajador frente a las órdenes o requerimientos recibidos fuera del horario de trabajo, adoptar medidas idóneas para prevenir que tales órdenes o requerimientos, incluso meras comunicaciones, sean dirigidas al teletrabajador durante su tiempo de descanso.

Más allá de la perspectiva expuesta, la desconexión digital podría alcanzar un carácter *organizativo* conforme al cual el teletrabajador, en tanto prestador de servicios en su lugar de habitación u otros

44 El art. 4.II.a de la Ley 600 (El Salvador) refiere el “teletrabajo conectado” como aquel en el cual “el trabajador se encuentra permanentemente conectado y sujeto a cualquier forma de control de parte del empleador”. En sentido análogo, el art. 7.3.a de la Ley 6738 (Paraguay) precisa que el teletrabajo será “online (en línea) cuando el trabajador debe permanecer conectado a una plataforma o medio de telecomunicación durante toda la jornada pactada”.

45 Adoptadas a partir del año 2020.

46 Art. 5 de la Ley 27555 (Argentina), art. 152.K.6 del Código del Trabajo (Chile); disposición reformatoria primera de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (Ecuador); art. 18 del Decreto Ley 28/2020 (España); art. 8.d de la Ley 6738 (Paraguay), y art. 10 de la Ley del Teletrabajo (Perú).

espacios ajenos a los centros de trabajo patronales, ostenta el derecho a organizar con amplia flexibilidad la jornada de trabajo del modo que estime conveniente, siempre que ello no afecte peyorativamente la fisiología empresarial. En el sentido indicado, aunque sometido a restricciones vinculadas con la atención de deberes familiares, se inserta el artículo 6 de la Ley 27555 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, del 13 de agosto de 2020 (Argentina), por cuya virtud aquellos teletrabajadores “que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que requieran asistencia específica, *tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada*”.

Por último, conviene destacar que el teletrabajador es titular del derecho humano —y comúnmente también fundamental, en tanto inserto en los respectivos bloques de constitucionalidad⁴⁷— a la privacidad y la intimidad. En consecuencia, el empleador debe abstenerse de ingresar —sin las debidas autorizaciones— al lugar donde el teletrabajador preste servicios, independientemente de que constituya o no su lugar de habitación⁴⁸. Asimismo, deberá observar el régimen de protección de datos personales y, por tanto, abstenerse de recabar, almacenar, procesar o transmitir aquellos considerados de trámite proscrito⁴⁹ o que no resulten estrictamente necesarios para la ejecución del vínculo laboral⁵⁰, resguardarlos con celo y notificar de inmediato al teletrabajador cualquier filtración que pudiese lesionar su privacidad o intimidad⁵¹, asegurar al teletrabajador los derechos de información, rectificación, supresión y bloqueo de sus datos

47 Derecho humano y/o fundamental, inespecíficamente laborales, en la categorización que hizo célebre Manuel Carlos Palomeque (*Los derechos laborales en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 32)

48 Por ejemplo, art. 152.M del Código del Trabajo (Chile).

49 Por ejemplo, el Reglamento de la Unión Europea 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, dispone en su art. 9.1 que “quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”.

50 Organización Internacional del Trabajo, *Protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997, p. 2, párrs. 5.1 y 5.2.

51 *Ibidem*, p. 4, párr. 7.1.

personales objeto de trámite patronal⁵² e instruir a este —conforme al principio de buena fe— acerca de los controles directos —sobre las actividades desempeñadas— o indirectos —sobre las trazas de dichas actividades en los instrumentos y medios que la empresa ensambla— implementados en ejercicio del poder de vigilancia⁵³⁻⁵⁴.

Cuadro 3. Derecho a la desconexión digital

Argentina: La persona teletrabajadora “tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho” (Ley 27555, art. 5).

Chile: Derecho del teletrabajador a una desconexión de, por lo menos, doce horas continuas en un período de veinticuatro horas. “[...]en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores” (Código del Trabajo, art. 152.J).

Ecuador: Deber patronal de respetar el derecho del teletrabajador a desconectarse “al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas”, con el objeto de garantizar “el tiempo en el cual este no estará obligado a responder [...] comunicaciones, órdenes u otros requerimientos [patronales]”. “[...] en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, Disposiciones Reformatorias Primera y Tercera).

52 Catálogo de derechos comúnmente denominado ARCO: acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos personales.

53 Por ejemplo, el art. 16 de la Ley 27555 (Argentina) impone la participación de las organizaciones sindicales en la implementación de “sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador”, “a fin de salvaguardar la intimidad” del teletrabajador y la “privacidad de su domicilio”.

54 En este sentido, ver Sentencia 2017/61 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu vs. Rumania, párr. 77, p. 40: “[...] no está tan claro que se le informara [al trabajador] de que sus comunicaciones estaban siendo supervisadas antes de que se pusiera en marcha [por parte del empleador] la actividad de vigilancia”.

Continuación

Cuadro 3. Derecho a la desconexión digital

España: “El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables” (Real Decreto-Ley 28/2020, de trabajo a distancia, art. 18.1).

Paraguay: “El empleador respetará el derecho del teletrabajador a la desconexión; que será al menos de doce horas continuas, tiempo durante el cual el mismo no está obligado a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos” (Ley 6738, art. 8.d).

Perú: “El empleador respeta el derecho a desconexión digital de la jornada laboral del teletrabajador, garantizando que en ese período no está obligado a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales” (Ley del Teletrabajo, art. 10.2).

-
- iii. Capacitación permanente del teletrabajador en el uso de las tecnologías aplicadas a la ejecución de sus servicios⁵⁵, propiciándose de este modo la estabilidad en el empleo.
 - iv. Instrucciones al teletrabajador en materia, muy especialmente, de las tareas que debe ejecutar, los medios de interlocución con el empleador y sus representantes, y los controles que serán aplicados —en ejercicio del poder de vigilancia patronal— sobre la prestación del servicio⁵⁶.

55 Por ejemplo, art. 11 de la Ley 27555 (Argentina); art. 8 del Decreto Supremo 4.218, arts. 7.II y 9.e de la Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); art. 8.b de la Ley 9738 (Costa Rica); art. 8.e de la Ley 600 (El Salvador); art. 9 del Real Decreto Ley 28/2020 (España); art. 12 de la Ley 126 (Panamá), y art. 14.d de la Ley 6738 (Paraguay).

56 Por ejemplo, arts. 3.1 y 5 del Decreto 884 (Colombia); arts. 8.II y 8.IV.a de la Resolución Ministerial 220/20 (Bolivia); art. 152.K.4 del Código del Trabajo (Chile); arts. 2.a, 3.b, 5.b, 5.h y

8. Epílogo

La pandemia de la COVID-19 forzó el ensayo global del teletrabajo, poniendo al descubierto vívidamente las ventajas y desdichas que le acompañan. Dicha pandemia dejará tras de sí economías maltrechas, sociedades atemorizadas y nuevas destrezas en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación; condiciones ideales para continuar, donde ello sea posible, teletrabajando.

Como resultaba lógico, la domiciliación forzosa del trabajo, como medida de prevención ante el contagio de la COVID-19, aceleró la regulación del teletrabajo. En Iberoamérica, sus contenidos esenciales comprenden el carácter voluntario —y, por ende, reversible— de dicha modalidad, las formalidades que deben observarse para facilitar la prueba de la existencia del vínculo jurídico y facilitar el ejercicio de las funciones inspectivas y de la acción sindical, el principio de igualdad de condiciones respecto de los trabajadores presenciales y la especial previsión de los deberes patronales de provisión, capacitación e instrucción.

El reto fundamental que se afronta es quizá garantizar la efectiva observancia del régimen descrito, mediante normas y políticas de fuente heterónoma y/o derivadas de la autonomía de la voluntad colectiva, sobre todo en lo concerniente al horario de trabajo y el derecho a la desconexión digital, y la limitación de los poderes patronales de dirección y vigilancia, notablemente intensificados por el perenne uso de tecnologías de la información y la comunicación.

Caracas, agosto de 2021

5.d del Decreto Ejecutivo 42083 (Costa Rica); art. 4.b del Acuerdo Ministerial MDT-2020-076; arts. 7.b, 7.d y 8.d de la Ley 600 (El Salvador); art. 320.III de la Ley Federal del Trabajo (México); art. 16.3 de la Ley 126 (Panamá), y art. 20 de la Ley 6738 (Paraguay).

**Discriminação
no emprego.
Discriminação
por raça,
sexo, idade e
deficiência**

Teresa Coelho Moreira

DISCRIMINAÇÃO NO EMPREGO. DISCRIMINAÇÃO POR RAÇA, SEXO, IDADE E DEFICIÊNCIA

Teresa Coelho Moreira*

Sumário: 1. Introdução. 2. Discriminação em razão do sexo. 2.2. A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar. 2.2.1. Medidas que visam a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. 2.2.1.1. Flexibilidade dos tempos de trabalho. 2.2.1.2. Faltas justificadas. 2.2.1.3. Licenças permitidas. 3. Discriminação em razão da deficiência. 3.1. Introdução. 3.2. A proteção dos trabalhadores portadores de deficiência. 3.2.1. Introdução. 3.2.2. Proteção contra a discriminação no emprego. 3.2.3. A adaptação razoável. 3.3. A discriminação em razão da idade. 3.3.1. Introdução. 3.3.2. O que é a idade e qual a sua relação com a discriminação em razão desta? 3.3.3. A natureza original da discriminação em razão da idade. 3.3.4. A exceção à discriminação em razão da idade e a aceitação da possibilidade de uma discriminação direta – análise dos arts. 6.º, n.º 1 da Diretiva, e 25.º, n.º 3 do CT. 3.4. A discriminação em razão da raça. Conclusões.

1. Introdução

O direito à igualdade e a proibição da discriminação constituem um direito universal, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, pelos Pactos Internacionais das Nações Unidas sobre os Direitos Cívicos e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e pela Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de que vários ordenamentos jurídicos são signatários. Por outro lado, a Convenção n.º 111 da Organização Internacional de Trabalho proíbe a discriminação em matéria de emprego e atividade profissional.

Também ao nível da UE esta proibição da discriminação está consagrada a vários níveis^{1,2}.

Em Portugal, a Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem, revogando a lei n.º 18/2004 estabeleceu no art. 3.º, n.º 1, alínea e), uma noção de discriminação múltipla, o que nos parece muito positivo.

Na Argentina, os arts. 14 bis e 16 da Constituição consagram a igualdade no trabalho dentro de la esfera privada e no emprego. Por outro lado, a Lei n.º 23.592, denominada “ley antidiscriminatoria”, estabelece no seu art. 1.º que: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”*.

* Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do Núcleo de Pesquisa em Justiça e Governança e coordenador do grupo de pesquisa em direitos humanos do mesmo. Vice-presidente da Associação Portuguesa de Direito do Trabalho.

- 1 Logo ao nível da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores pode ler-se que um dos motivos para a adoção deste documento é a luta contra a discriminação: “Considerando que, para assegurar a igualdade de tratamento, lutar contra todas as formas de discriminação, designadamente as baseadas no sexo, na cor, na raça, nas opiniões e nos credos e que, num espírito de solidariedade, importa lutar contra a exclusão social”.
 - 2 Também ao nível do Conselho da Europa, na Carta Social Europeia pode ver-se esta defesa quando se estabelece que um dos motivos para o surgimento deste documento é a proibição da discriminação: “Considerando que os direitos sociais devem ser assegurados sem qualquer discriminação em razão da raça., Etnia, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social” – “Considering that the enjoyment of social rights should be secured without discrimination on grounds of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin”.
- 2 Conforme defende o Advogado-Geral POIARES MADURO no caso *Coleman*, processo C-303/06, parágrafo 9, “No seu nível mínimo, a dignidade humana implica o reconhecimento da igualdade de valor de todos os indivíduos. A vida de cada pessoa vale pelo mero facto de cada pessoa ser um ser humano, e não há vida que valha mais ou menos do que outra. Como Ronald Dworkin recordou recentemente, mesmo quando estamos em profundo desacordo sobre questões de moralidade política, de estrutura das instituições políticas e do funcionamento dos nossos Estados democráticos, continuamos, ainda assim, a partilhar de um compromisso para com este princípio fundamental. Por este motivo, a actuação dos indivíduos e das instituições políticas não deve negar a importância intrínseca de cada vida humana”.

Na Colômbia, a Lei n.º 1482, de 2011, que alterou o Código Penal, considera crime o ato de racismo ou discriminação para quem arbitrariamente previne, obstrui ou restringe o pleno exercício dos direitos das pessoas em razão de sua raça, nacionalidade, sexo ou orientação sexual. Da mesma forma, qualquer pessoa que assedie, promova condutas ou comportamentos a grupos de pessoas, comunidade ou município, por razões de raça, etnia, religião, nacionalidade, ideologia política ou filosófica, sexo ou orientação sexual. Por fim, estabelece uma sanção criminal para qualquer pessoa que defenda o genocídio ou o antisemitismo. Esta lei foi parcialmente modificada pela Lei n.º 1.752 de 2015 para incluir as pessoas portadoras de deficiência dentro dos grupos sujeitos à proteção, ainda que para essas pessoas esteja em vigor a Lei n.º 361 de 1997 e, mais recentemente, a Lei Estatutária n.º 1618 de 2013 para promover, divulgar, respeitar e tornar visível o exercício efetivo de todos os direitos das pessoas portadoras de deficiência. A Lei n.º 361 de 1997 estabelece os mecanismos de integração social da pessoa com deficiência. O artigo 26 protege o despedimento por motivo de deficiência no que se denomina de aplicação da "jurisdição para pessoas portadoras de deficiência" que é proteção reforçada que evita, sob certas condições, o despedimento do trabalhador que se encontre em situação de manifesta fragilidade por, v.g., doença ou tratamento médico. O aprofundamento do conceito e a sua aplicação concreta podem ser encontrados nas decisões do Tribunal Constitucional que, a partir de 1991, apontam um caminho que está a ser percorrido por juízes e por magistrados no país.

A Lei n.º 1010 de 2006 estabelece e desenvolve amplamente o conceito de assédio no local de trabalho, onde define os comportamentos de abuso de trabalho, perseguição de trabalho, discriminação no trabalho, incômodo no trabalho, desigualdade e falta de proteção no trabalho e introduz o procedimento de investigação de assédio no trabalho pela comissão criada para o efeito em cada empresa e composta por representantes dos trabalhadores e por empregadores, e é necessário que os regulamentos internos do trabalho incluam um capítulo especial sobre os mecanismos de prevenção de comportamentos de assédio no trabalho. A lei estabelece sanções que vão desde repreensões, suspensões do trabalho, multas e até o despedimento de trabalhadores que pratiquem assédio no trabalho.

Na Costa Rica, a Constituição estabelece no art. 33.º o princípio da igualdade e da não discriminação, o art. 57.º regula a igualdade salarial e o art. 68.º a proibição da discriminação no emprego. Com a reforma do Código do Trabalho em 2016 foi reforçada esta proteção proibindo-se a discriminação por razão “de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica”, mas também por “cualquier otra forma análoga de discriminación”, que é um critério genérico que deverá ser detalhado e concretizado pela jurisprudência dos Tribunais nos termos do art. 404 do Código do Trabalho.

No ordenamento jurídico mexicano, é de fundamental importância o art. 1.º da Constituição que estabelece que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales,

el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

También na Lei Federal do Trabalho o art. 2.º consagra que “Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres”.

Por seu lado, o art. 3.º preconiza que “El trabajo es un derecho y un deber social. No es artículo de comercio, y exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, así como el reconocimiento a las diferencias entre hombres y mujeres para obtener su igualdad ante la ley. Debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida digna y la salud para las y los trabajadores y sus familiares dependientes.

No podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana. No se considerarán discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada.

Es de interés social garantizar un ambiente laboral libre de discriminación y de violencia, promover y vigilar la capacitación, el adiestramiento, la formación para y en el trabajo, la certificación de competencias laborales, la productividad y la calidad en el trabajo, la sustentabilidad ambiental, así como los beneficios que éstas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones”.

No Uruguai a ratificação de várias convenções da OIT origina que a matéria da igualdade e da não discriminação esteja protegida³.

No ordenamento jurídico venezuelano, o art. 21.º, n.º 1, da Constituição estabelece que “não serão permitidas discriminações em razão da raça, sexo, credo, condição social ou que, em geral, tenham por objeto ou resultado a anulação ou impedimento do reconhecimento, gozo ou exercício em condições de igualdade, dos direitos e liberdades de cada pessoa”. Também o art. 88.º preconiza que “O Estado garante a igualdade e a equidade entre homens e mulheres no exercício do direito ao trabalho”. Também o art. 89.º, n.º 5, determina que “São proibidos todos os tipos de discriminação por motivos de política, idade, raça, sexo ou credo ou por qualquer outra condição”.

2. Discriminação em razão do sexo

2.1. Em Portugal, a discriminação em razão do sexo é proibida a nível constitucional logo no art. 13.º, e a nível laboral no art. 24.º que estabelece a proibição da discriminação a vários níveis, sendo ainda relevante o art. 26.º do CT.

3 Recorde-se que o Uruguai foi o primeiro país a ratificar a Convenção n.º 190 da OIT.

Também a nível constitucional são importantes os artigos 58.º, n.º 2, alínea b), 59.º, n.º 1, alínea a), 59.º, n.º 1, alínea b) e 67.º, n.º 1, alínea h), que estabelecem respetivamente, a igualdade de oportunidades no acesso ao emprego, a igualdade de retribuição, a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e a proteção da maternidade e da paternidade.

A atual legislação aplica-se quer aos trabalhadores privados, quer aos trabalhadores em funções públicas por força do art. 4.º, n.º 1, alíneas c) e d) da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho – Lei geral do trabalho em funções públicas.

O art. 9.º, n.º 1, alínea h), da CRP estatui que uma das tarefas fundamentais do Estado é o de promover a igualdade entre homens e mulheres. Neste sentido, o art. 27.º do CT permite a adoção de medidas positivas, não se considerando discriminação a adoção de medidas temporárias que visem beneficiar um certo grupo, desfavorecido em função de fator de discriminação, assim como o art. 30.º, n.º 3, que prescreve que “Em ação de formação profissional dirigida a profissão exercida predominantemente por trabalhadores de um dos sexos deve ser dada, sempre que se justifique, preferência a trabalhadores do sexo com menor representação, bem como, sendo apropriado, a trabalhador com escolaridade reduzida, sem qualificação ou responsável por família monoparental ou no caso de licença parental ou adoção”. Tem de ver-se que este artigo pode favorecer as mulheres já que estas enquadrar-se-ão mais facilmente nestes requisitos do que os homens⁴.

Ao nível do direito coletivo e da negociação coletiva releva no ordenamento jurídico português, o artigo 492.º, n.º 2 do CT, que estabelece o conteúdo normativo que as convenções coletivas devem ter. Contudo, trata-se de uma mera recomendação, não existindo qualquer sanção para o seu incumprimento, o que se compreende atendendo ao princípio da autonomia coletiva^{5, 6}. De interesse para este tema releva

4 Cf., para maiores desenvolvimentos, Maria do Rosário PALMA RAMALHO e Teresa COELHO MOREIRA, “Comparative Labor Law Dossier - Equality, Non-Discrimination and Work-Life Balance in Portugal”, in *IusLabor*, n.º 2/2016.

5 No mesmo sentido Maria do Rosário PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho – parte III – Situações Laborais Coletivas –*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 269, e Luís GONÇALVES DA SILVA, em anotação ao art. 492.º, in *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 974-975.

6 Contrariamente ao que acontece noutros ordenamentos jurídicos. Veja-se o caso do ordenamento jurídico francês.

sobretudo, a alínea d), relacionada com medidas que visem a efetiva aplicação do princípio da igualdade e não discriminação⁷. Esta alínea tem de ser tratada tendo em atenção a matéria relativa à igualdade e não discriminação, prevista nos artigos 23.º e seguintes do Código do Trabalho, e, sobretudo o artigo 26.º.

2.2. A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar

A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar é uma questão fundamental para qualquer trabalhador e encontra-se relacionada com várias outras como o aumento da participação laboral principalmente das mulheres no mercado de trabalho, tornar o emprego mais sustentável, assegurar igualdade de oportunidades entre homens e mulheres e enfrentar os desafios demográficos que se avizinham.

Na verdade, uma utilização mais equitativa dos regimes que favorecem a conciliação entre vida familiar e profissional entre os sexos tem um impacto positivo na empregabilidade das mulheres e é considerada um dos pré-requisitos para atingir uma maior igualdade de género no emprego em particular e na sociedade em geral.

As políticas favoráveis à conciliação entre a vida profissional e vida familiar são importantes para estimular tendências demográficas positivas, visto que a precariedade laboral e as más condições de trabalho têm efeitos negativos no planeamento familiar.

A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar inclui diversas medidas relacionadas com vários aspetos, mas não podem dirigir-se apenas a políticas de igualdade de género e não devem ser apenas relevantes para as mulheres. Estas medidas devem dirigir-se a todos, mulheres, homens, e devem ser consideradas como um dos elementos da qualidade de vida no trabalho e como condição para um trabalho decente, atendendo aos novos desafios que surgem relacionados, v.g., com o envelhecimento da população, com o cuidado dos mais velhos, com a diversidade de famílias e com o acesso de mais mulheres a cargos de topo.

7 Maria do Rosário PALMA RAMALHO, última op. cit., pp. 270-271, critica o carácter meramente recomendatório desta alínea, considerando que o sistema português "fica aquém de outros sistemas jurídicos que exigem o estabelecimento de planos de igualdade na convenção coletiva de trabalho, detalhados e com metas temporais definidas, em moldes obrigatórios".

Existem várias medidas possíveis pois o acesso aos diferentes tipos de licença, ou a uma melhor flexibilização dos tempos de trabalho, ou a um regime de ausências justificadas, permite às pessoas beneficiar de licenças em diferentes momentos da sua vida e aumenta a participação no mercado de trabalho, a eficiência e a satisfação no trabalho.

Contudo, defende-se que para conciliar a vida profissional, a vida pessoal e a vida familiar, não existe uma solução igual para todos, pelo que é necessário encontrar um equilíbrio adequado a cada pessoa, a fim de responder às suas necessidades pessoais e familiares, tendo sempre em atenção que só se poderá alcançar uma qualidade de vida se as pessoas tiverem tempo suficiente fora do trabalho para o seu desenvolvimento pessoal.

2.2.1. Medidas que visam a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar

2.2.1.1. Flexibilidade dos tempos de trabalho

O ordenamento jurídico português prevê várias medidas para tentar conseguir obter uma maior conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar.

Pode dizer-se que uma das modalidades para obter esta conciliação está relacionada com a flexibilização dos tempos de trabalho e várias são as disposições que permitem esta.

O art. 55.º do CT permite que o trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a trabalhar a tempo parcial. Esta prestação de trabalho a tempo parcial pode ser prorrogada até dois anos ou, no caso de terceiro filho ou mais, três anos, ou ainda, no caso de filho com deficiência ou doença crónica, quatro anos.

O art. 56.º do CT estabelece que trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e

habitação, tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos.

O art. 57.º do CT prescreve o procedimento a adotar para se poder beneficiar desta flexibilidade temporal e o empregador apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável. Contudo, a justificação do empregador tem de ser considerada válida pela CITE. Se esta entender que não o é, o empregador só pode recusar o pedido do trabalhador após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo.

Há ainda a possibilidade de recurso ao teletrabalho nos termos do art. 166.º, n.º 3, que estabelece que “o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito”.

São relevantes, ainda, os arts. 58.º, 59.º e 60.º, que estabelecem a dispensa de algumas formas de organização dos tempos de trabalho, do trabalho suplementar e do trabalho noturno para as trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, mas também para os pais no caso de aleitamento.

No ordenamento jurídico argentino, a recente lei n.º 27.555, sobre teletrabalho, estabelece no art. 6.º com a epígrafe *tareas de cuidados* que *“Las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. Cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables*

las previsiones de la ley 23.592. Mediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho.”.

2.2.1.2. Faltas justificadas

No ordenamento jurídico português os trabalhadores podem faltar justificadamente ao trabalho nos termos dos arts. 49.º e 249, n.º 2, alínea e), para prestar “assistência inadiável e imprescindível, em caso de doença ou acidente, a filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, a filho com deficiência ou doença crónica, até 30 dias por ano ou durante todo o período de eventual hospitalização”, sendo que podem ainda faltar ao trabalho “até 15 dias por ano para prestar assistência inadiável e imprescindível em caso de doença ou acidente a filho com 12 ou mais anos de idade que, no caso de ser maior, faça parte do seu agregado familiar”, podendo estes limites ser ultrapassados em caso de hospitalização ou no caso de ter-se mais do que um filho.

Tem-se ainda a possibilidade de faltar para assistência a neto nos termos do art. 50.º e que nos parece uma medida positiva pois permite que o trabalhador possa faltar, justificadamente, até 30 dias consecutivos, a seguir ao nascimento de neto que consigo viva em comunhão de mesa e habitação e que seja filho de adolescente com idade inferior a 16 anos.

Como uma forma de acompanhar o percurso escolar dos filhos o legislador estabeleceu a possibilidade de os trabalhadores poderem faltar justificadamente em caso de “deslocação a estabelecimento de ensino de responsável pela educação de menor por motivo da situação educativa deste, pelo tempo estritamente necessário, até quatro horas por trimestre, por cada um”, nos termos do art. 249, n.º 2, alínea f).

Há ainda a possibilidade de faltar até 15 dias para assistência a familiares mais velhos, pais e avós, mas também irmãos, mesmo quando não partilhem a mesma casa, assim como a cônjuge ou a pessoa que viva em união de facto, nos termos do art. 252.º, n.º 1, podendo nos termos do n.º 2, em determinados casos, acrescer-se 15 dias⁸.

8 “1 - O trabalhador tem direito a faltar ao trabalho até 15 dias por ano para prestar assistência inadiável e imprescindível, em caso de doença ou acidente, a cônjuge

É importante ter em atenção que todas estas faltas por motivo de assistência a familiares são consideradas como retribuição para efeitos de antiguidade, sendo consideradas como trabalho efetivamente prestado, nos termos do art. 22.º, da Lei n.º 91/2009, de 9 de abril.

2.2.1.3. Licenças permitidas

Em Portugal existem vários tipos de licenças dentro do conceito de licença parental nos termos do art. 39.º.

Existe a licença parental inicial nos termos do art. 40.º e que pode ser dividida pelos 2 progenitores, respeitando no entanto a licença parental exclusiva da mãe que corresponde às primeiras 6 semanas a seguir ao parto. Considera-se que a possibilidade estabelecida na lei de aumentar o período de licença parental inicial em mais 30 dias – de 120 dias para 150 dias pagos a 100% - se o pai também gozar parte da licença, é uma boa medida para incentivar esta partilha.

Também existe a licença por adoção nos termos do art. 44.º que estabelece uma licença semelhante à prevista no art. 40.º quando o adotado é menor de 15 anos.

Portugal tem também prevista uma licença parental exclusiva do pai nos termos do art. 43.º e que, contrariamente ao que sucede noutros ordenamentos jurídicos, tem uma parte obrigatória. Esta é uma medida com a qual se concorda e que poderá aumentar a participação dos pais na partilha das licenças e a uma maior conciliação entre a vida profissional e a vida privada de todos.

Existe, ainda, a possibilidade de uma licença parental complementar prevista no art. 51.º, e que pode aumentar a licença por 3 meses se for gozada a tempo integral, ou por 12 meses se for gozada a tempo parcial, assim como uma licença para assistência a filho no

ou pessoa que viva em união de facto ou economia comum com o trabalhador, parente ou afim na linha reta ascendente ou no 2.º grau da linha colateral.
2 - Ao período de ausência previsto no número anterior acrescem 15 dias por ano, no caso de prestação de assistência inadiável e imprescindível a pessoa com deficiência ou doença crónica, que seja cônjuge ou viva em união de facto com o trabalhador.
3 - No caso de assistência a parente ou afim na linha reta ascendente, não é exigível a pertença ao mesmo agregado familiar.”.

art. 52.º e que pode ir até 2 ou 3 anos se se tratar de terceiro filho, e uma licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica, nos termos do art. 53.º que pode ir até aos 4 anos, gozada em períodos sucessivos de 6 meses.

É importante ainda ter em atenção que o regime da igualdade e não discriminação aplica-se aos contratos equiparados por remissão direta feita no art. 10.º do CT, e ao vínculo de emprego público nos termos do art. 4.º, n.º 1, alíneas c) e d) da Lei n.º 35/2014, de 20 de junhoº.

3. Discriminação em razão da deficiência

3.1. Introdução

3.1.1. A discriminação em razão da deficiência é um conceito relativamente novo. De facto, as questões relacionadas com a deficiência começaram por ser tratadas como um tema relacionado com a segurança social, a saúde ou a tutela.

Com a ascensão do movimento dos direitos civis de pessoas com deficiência, iniciado nos EUA, e com base no modelo social da deficiência que começou a ser amplamente difundido ocorreu uma mudança de paradigma e a queda de barreiras que impediam a *vida* das pessoas com deficiência.

Desde o final de 1970 o movimento dos direitos das pessoas portadoras de deficiência tem vindo a crescer e com considerável sucesso em muitos países defendendo-se uma compreensão teórica diferente de deficiência. Esse modelo, atualmente, é caracterizado como o *modelo biopsicossocial* pela Organização Mundial de Saúde, em contraste com o modelo médico e com o modelo social. Localizando a deficiência no meio social as respostas políticas são dirigidas a mudar o ambiente

9 Vide, para maiores desenvolvimentos, Teresa COELHO MOREIRA, “A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar, in *Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios*, (coord. Patrícia JERÓNIMO), Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar (DH-CII), Braga, 2019, pp. 139 e ss., “O princípio da igualdade de tratamento e a proibição de discriminação: a conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar em Portugal”, in *Documentación Laboral*, n.º 113, vol. I, 2018, pp. 59 e ss., e “Comparative Labor Law ...”, cit., pp. 46 e ss..

e eliminar as barreiras estruturais à participação igualitária, incluindo legislação anti discriminatória, códigos de construção universais de *design*, integração e *mainstreaming*, e criando condições para a participação individual. O papel da lei neste modelo é a de proteger as pessoas contra tratamentos discriminatórios e estabelecer o dever de integrar e acomodar as pessoas com deficiência, definir os seus direitos na participação e controlo dos programas sociais focados nas suas necessidades particulares.

Esta noção, sem dúvida, assegura indiscutivelmente uma proteção mais sólida e ampla contra a discriminação do que uma definição estrita, centrada no indivíduo. Efetivamente, reconhece que a deficiência é tanto uma construção social como um facto médico. Assim, este modelo tem subjacente uma conceção mais inclusiva da deficiência. É particularmente significativo o facto de a deficiência depender do contexto e da situação: por exemplo, uma doença crónica como a diabetes, ou até uma alergia, podem, em função do ambiente envolvente, constituir uma deficiência.

Reconhece-se, desta forma, que a discriminação apresenta um obstáculo significativo à concretização do trabalho digno para todos.

3.1.2. Por outro lado, creio ser importante atendermos a números, não nos podendo esquecer que cerca de 15% da população mundial sofre de alguma forma de deficiência e, dentro desta, cerca de 2-4% tem significativas dificuldades funcionais. Quer isto dizer que mais de mil milhões de pessoas em todo o mundo convivem com alguma forma de deficiência, dentre os quais cerca de 200 milhões experimentam dificuldades funcionais consideráveis. Nos próximos anos, a deficiência será uma preocupação ainda maior porque a sua incidência tem aumentado com o envelhecimento da população e com o risco maior de deficiência na população de mais idade, bem como com o aumento global de doenças crónicas tais como diabetes, doenças cardiovasculares, cancro e distúrbios mentais¹⁰.

10 *World Report on Disability*, 2011, realizado pela OMS e pelo Banco Mundial, p. 5. De acordo com a *World Health Survey*, aproximadamente 785 milhões de pessoas (15,6%) com 15 anos ou mais vivem com alguma forma de deficiência, enquanto a *Global Burden of Disease* estima que 975 milhões de pessoas (19,4%). Dessas, a *World Health Survey* estima que 110 milhões de pessoas (2,2%) possuem dificuldades funcionais muito significativas, enquanto a *Global Burden of Disease* estima que 190 milhões (3,8) possuem uma “deficiência grave” – o equivalente as deficiências inferidas por condições tais como a tetraplegia, a depressão grave ou a cegueira.

3.1.3. Na União Europeia, o número de pessoas que sofre de algum tipo de deficiência é de cerca de 100 milhões.

Por outro lado, pessoas com reduzida mobilidade representam cerca de 40% da população, sendo que as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência enfrentam uma probabilidade muito maior para estarem ou ficarem desempregadas.

Apenas 16% das pessoas que sofrem de restrições para trabalhar usufruem de alguma assistência para o fazer e, por isso, muitas pessoas deficientes são *trabalhadores desencorajados* e nem sequer tentam ingressar no mercado de trabalho, sendo classificados como *inativos*. E, quanto maior for o grau de deficiência, menor é a participação das pessoas no mercado de trabalho, sendo que o rendimento que auferem é, também, consideravelmente inferior^{11 12}.

3.1.4. A discriminação no trabalho em relação a pessoas com deficiência varia entre o acesso limitado ao ensino, à formação profissional e à reabilitação, e diferenças consideráveis nos salários entre os trabalhadores portadores de deficiência e os restantes trabalhadores, assim como a exclusão daqueles de algumas formas de trabalho. Muitas vezes, as pessoas que nasceram com deficiência podem enfrentar a exclusão desde tenra idade desde logo a nível da educação, incluindo discriminação institucionalizada, estigmatização e negligência na sala de aula, na comunidade e no seio da própria família.

3.1.5. A proteção conferida aos trabalhadores portadores de deficiência encontra-se prevista a nível internacional, em instrumentos jurídicos ratificados pelo Estado português, como a Convenção n.º 159 da OIT relativa à readaptação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência¹³, adotada em 1983, em articulação com a Recomendação n.º 168.

11 Veja-se European Disability Forum.

12 A taxa de emprego das pessoas portadoras de deficiência (50,6 %) foi significativamente inferior à taxa de emprego total (74,8 %) na UE em 2017, segundo o estabelecido no ponto AS da Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de fevereiro de 2021, sobre a redução das desigualdades, com especial destaque para a pobreza no trabalho.

13 Aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 63/98, em 9/10, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 56/98, de 2/12.

De realçar, pela sua relevância, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em 2006, que, juntamente com a Convenção n.º 159 e outros instrumentos normativos internacionais, regionais e nacionais, contribuiu para melhorar a vida e o estatuto das pessoas com deficiência. A Convenção das Nações Unidas entrou em vigor 3 de maio de 2008 e é vinculativa para os países que a ratificaram.

A Convenção das Nações Unidas foi uma resposta ao facto de que, não obstante a existência de Convenções Internacionais que ofereciam e promoviam uma proteção considerável às pessoas com deficiência, o seu potencial não estar a ser aproveitado. As pessoas portadoras de deficiência continuavam a ver serem-lhes negados os seus direitos fundamentais e continuavam a ser marginalizadas em todo o mundo. Para tentar colmatar esta situação, a Convenção estabeleceu várias obrigações para os Estados membros no sentido de promover e proteger os direitos das pessoas com deficiência, o que é visível logo no artigo 1.º.

Este instrumento internacional impõe não só a proibição da discriminação, mas também a adoção de medidas positivas e o direito à adaptação razoável que visam assegurar a efetiva igualdade de oportunidades entre as pessoas deficientes e os demais trabalhadores, principalmente no acesso ao emprego e à formação profissional, quer no setor público, quer no setor privado.

3.1.6. Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa impõe, desde a sua versão originária, ao Estado nos arts. 59.º, n.º 2, al. c), e 71.º, uma especial proteção dos cidadãos portadores de deficiência. No primeiro inciso legal, através da consagração de uma garantia especial do seu direito ao trabalho e, no segundo, plasmando o direito dos cidadãos portadores de deficiência gozarem dos mesmos direitos e estarem sujeitos aos mesmos deveres dos restantes cidadãos. Também admite medidas de discriminação positiva, nos termos do art. 9.º, al. d), ao referir a necessidade de o Estado promover “a igualdade real entre os portugueses”. Ao nível do Código do Trabalho ressaltam os artigos 85.º e 86.º.

3.2. A proteção dos trabalhadores portadores de deficiência

3.2.1. Introdução

A primeira questão essencial para analisarmos a proteção do trabalhador portador de deficiência é o de saber o que deve ser entendido por deficiência, isto é, sabermos qual o âmbito subjetivo presente na legislação referida anteriormente.

A noção de deficiência é difícil de encontrar dado que estamos perante um conceito abstrato cujo conteúdo e âmbito subjetivo sobre o qual se projeta está em constante evolução.

No domínio laboral a Convenção 159 da OIT considera no art. 1.º o termo deficiência engloba “toda e qualquer pessoa, cujas perspectivas de encontrar e de conservar um emprego conveniente, assim como de progredir profissionalmente, estão sensivelmente diminuídas em consequência de uma deficiência física ou mental devidamente reconhecida”.

Porém, ao nível do CT não há qualquer desenvolvimento ou adaptação deste conceito à realidade laboral. Assim, apesar de o CT incluir um regime especificamente aplicável aos trabalhadores com deficiência ou doença crónica nos termos dos arts. 85.º e ss., nada estabelece quanto à integração destas noções.

No ordenamento jurídico argentino a Lei (de facto) nº 22.431, del 16 de março de 1981, estabelece no seu art. 2.º que “A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.”.

No ordenamento jurídico brasileiro o art. 5.º, inciso I estabelece a igualdade entre homens e mulheres quando estipula que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Tal como escreve Yone Frediani¹⁴, o art. 3º, refere-se à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O inciso VIII do art. 4º, repudia o terrorismo e o racismo, e o inciso XLI do art. 5º, dispõe sobre a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, complementada pela regra do inciso XLII, ao determinar que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível.

Concorda-se inteiramente com a Autora quando defende que “a Lei 13.467/17, ao alterar os critérios de equiparação salarial insertos no § 6º art. 461 da CLT, estabeleceu, expressamente a proibição de discriminação baseada em sexo ou etnia, perdendo uma excelente oportunidade para tratar, também, da distinção salarial baseada em identidade de gênero e à orientação sexual para alcançar a plenitude do princípio da não discriminação”.

Na Costa Rica, a Lei n.º 7600 denominada “Ley de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” define no art. 2.º como deficiência “cualquier deficiencia física, mental o sensorial que limite, sustancialmente, una o más de las actividades principales de un individuo”.

Na Colômbia varias leis tratam de uma forma ou de outra a definição do conceito de deficiência, seguindo a noção estabelecida na Convenção das Nações Unidas de 2006 e a Classificação Internacional de Funcionalidade da Deficiência e Saúde da Organização Mundial de Saúde e a Lei n.º 1145 de 2007 no artigo 2º dá uma noção de pessoa portadora de deficiência.

No Uruguai ratificou-se a Convenção das Nações Unidas sobre pessoas portadoras de deficiência, assim como, aprovou-se a Lei n.º 18651 sobre *protección integral de las personas con discapacidad*, assim como a lei n.º 19691 sobre *promoción del trabajo de personas con discapacidad*.

14 “Igualdade entre homens e mulheres nas relações de trabalho”.

Na Venezuela a Lei Orgânica de Prevenção, Condições e Ambiente de Trabalho estabelece no art. 79.º com a epígrafe *Discapacidad temporal* establece que “La discapacidad temporal es la contingencia que, a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, imposibilita al trabajador o trabajadora amparado para trabajar por un tiempo determinado”.

É importante, ainda, atender à definição e classificação de *Discapacidad Parcial Permanente*. “La discapacidad parcial permanente es la contingencia que, a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, genera en el trabajador o trabajadora una disminución parcial y definitiva menor del sesenta y siete por ciento (67%) por ciento de su capacidad física o intelectual para el trabajo causando prestaciones dinerarias”.

O art. 81.º estabelece a *Discapacidad Total Permanente para el Trabajo Habitual*. “La discapacidad total permanente para el trabajo habitual es la contingencia que, a consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, genera en el trabajador o trabajadora una disminución mayor o igual al sesenta y siete por ciento (67%) de su capacidad física, intelectual o ambas, que le impidan el desarrollo de las principales actividades laborales inherentes a la ocupación u oficio habitual que venía desarrollando antes de la contingencia, siempre que se conserve capacidad para dedicarse a otra actividad laboral distinta”.

O art. 82.º com a epígrafe *Discapacidad Absoluta Permanente para cualquier Tipo de Actividad Laboral* preconiza que “La discapacidad absoluta permanente para cualquier actividad laboral es la contingencia que, a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, genera en el trabajador o trabajadora una disminución total y definitiva mayor o igual al sesenta y siete por ciento (67%) de su capacidad física, intelectual, o ambas, que lo inhabilita para realizar cualquier tipo de oficio o actividad laboral”

No art. 83.º, por seu lado, com a epígrafe *Gran Discapacidad* determina que “La gran discapacidad es la contingencia que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad

ocupacional, obliga al trabajador o trabajadora amparado a auxiliarse de otras personas para realizar los actos elementales de la vida diária”.

3.2.2. Proteção contra a discriminação no emprego

As pessoas portadoras de deficiência, doença crónica ou capacidade de trabalho reduzida encontram-se protegidas contra qualquer forma de discriminação logo no art. 24.º, n.º 1, do CT. Porém, a proibição da discriminação é mitigada perante o teor do art. 25.º n.º 2, do CT que admite certas disposições, critérios ou práticas distintivas baseadas na capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica desde que satisfaçam os critérios previstos no mesmo. Assim, não existirá discriminação na diferença de tratamento se decorrer da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto em que a mesma é exercida; que a característica diferenciadora seja justificável e determinante para o exercício da atividade; que o objetivo seja legítimo; e que respeite o princípio da proporcionalidade, embora não nos possamos esquecer das regras relativas à repartição do ónus da prova previstas no art. 25.º n.º 5 do CT.

É importante, ainda atender à consagração da aceitação de medidas de ação positivas que não são consideradas discriminação nos termos do art. 27.º Contudo, é importante atender que estas medidas não podem ser confundidas com o conceito de adaptação ou acomodação razoável previsto no art. 86.º pois apesar da epígrafe deste ser *Medidas de ação positiva*, há uma certa obrigatoriedade destas logo consagrada no n.º 1 deste artigo desde que cumpram determinados requisitos, que não existe neste artigo, ainda que estejam intimamente ligados.

3.2.3. A adaptação razoável

O direito à adaptação razoável está relacionado com a natureza especial da legislação anti discriminatória em razão da deficiência pois esta é diferente das outras formas de proibição de discriminação como o sexo ou a raça. De facto, estas últimas são baseadas, em grande parte, na ideia de uma igualdade formal ou tradicional de que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual independentemente de, *inter alia*, etnia, orientação sexual ou género. No campo da

deficiência, algo novo e diferente é necessário que permita à pessoa portadora de deficiência participar o mais possível na sociedade. Assim, a ideia de direitos assimétricos ou ajustamentos para as pessoas portadoras de deficiência é aceite ainda que as outras pessoas não os tenham, sendo esta a diferença entre igualdade formal e igualdade substancial. A ótica da legislação é a de combater todas as formas de discriminação que se traduzem em diferenciações ilícitas e na exclusão social, sobretudo relativamente às pessoas consideradas particularmente *débeis*, como é o caso das pessoas idosas e das pessoas com deficiência¹⁵.

O conceito de adaptação razoável surgiu como uma resposta às barreiras criadas pelo ambiente físico e social que originavam a impossibilidade de as pessoas portadoras de deficiência poderem desenvolver uma atividade de forma *convencional*. Por outro lado, assenta ainda na ideia de que a aplicação de uma aproximação meramente formal à proibição e não discriminação fará pouco para ajudar essas pessoas, reconhecendo que se tratarmos de forma igual uma pessoa portadora de deficiência em relação a outra que não o é, irá ocorrer uma situação de *facto* de desigualdade.

Importa realçar que, nestes casos, este conceito é necessário e visa garantir a igualdade e não reparar desigualdades ou acelerar a igualdade. O propósito de assegurar este dever de criar adaptações razoáveis não é o de providenciar *medidas especiais* para as pessoas portadoras de deficiência mas o de remover barreiras à sua efetiva participação na sociedade, permitindo-lhes uma *oportunidade igual* para atingir os resultados. Este dever, contudo, é totalmente contextualizado, o que significa que se relaciona não com as necessidades das pessoas com deficiência em geral, mas com as necessidades de uma pessoa em concreto e, por isso, serão estas que deverão ser tidas em atenção.

Há ainda de ter em atenção que a concretização destas adaptações não constitui um conceito social novo. De *facto*, e só para mencionar apenas alguns exemplos, fornecer iluminação artificial, casas-

15 Veja-se o considerando 6 da Diretiva 2000/78/CE ao estabelecer que “A Carta Comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores reconhece a importância da luta contra todas as formas de discriminação, nomeadamente, a necessidade de tomar medidas adequadas em prol da integração social e económica das pessoas idosas e das pessoas deficientes”.

de-banho, lugares sentados e elevadores, traduzem várias das acomodações ou *facilidades* que os empregadores facultam para o maior conforto e mesmo eficiência dos seus trabalhadores.

Por outro lado, esta adaptação beneficia, muitas vezes, não só a pessoa portadora de deficiência como outros colegas de trabalho, clientes e até terceiros, como é o caso, por exemplo, de um elevador ou de uma rampa que poderão ser usados por muitas pessoas e ajudar outras que trabalham com objetos com rodas. O mobiliário ergonómico reduz o *stress* de muitos trabalhadores, um sistema de filtragem do ar para um trabalhador com asma beneficia todos os restantes e, por isso, estas adaptações, apesar de serem realizadas devido à existência de uma pessoa portadora de deficiência, têm mais benefícios para os outros do que normalmente são realçados. As adaptações podem, pois, beneficiar também os trabalhadores não deficientes e, ainda, o grupo cada vez maior de pessoas que têm limitações mas que não têm o índice de limitação suficiente para as abranger pela legislação própria de pessoas portadoras de deficiência¹⁶. Não pode esquecer-se, no entanto, que há condições para que possam ser requeridas estas adaptações razoáveis.

Em primeiro lugar, o candidato ou o trabalhador têm de ter a qualificação necessária. Depois, o empregador tem de ter conhecimento das necessidades do trabalhador ou do candidato. Acresce que, com a adaptação efetiva, o trabalhador deverá, de forma segura e que respeite o seu direito à segurança e saúde no trabalho, realizar as suas funções. Finalmente, esta adaptação não poderá impor um encargo desproporcionado ao empregador, considerando-se que este encargo não será desproporcionado se existirem incentivos por parte do Estado para as mesmas.

O conceito de adaptação razoável está consagrado, desde logo, no art. 2.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência quando refere que “adaptação razoável designa a modificação e ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que

¹⁶ Exemplos de Elizabeth F. EMENS, “Integrating Accommodation”, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, n.º 4, abril 2008, p. 841.

necessário num determinado caso, para garantir que as pessoas com incapacidades gozam ou exercem, em condições de igualdade com as demais, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

A Diretiva 2000/78/CE, no art. 5.º, também estabelece este dever para os Estados-membros. Perante a redação deste artigo, não podemos deixar de concordar com Júlio Gomes¹⁷ pois os encargos que são impostos aos empregadores são extremamente reduzidos, não sendo muito clara a extensão da obrigação do empregador de introduzir alterações razoáveis no posto de trabalho.

Nos seus considerandos a Diretiva tenta clarificar o conceito de adaptação razoável estabelecendo, logo no considerando 20, que “é necessário prever medidas apropriadas, ou seja, medidas eficazes e práticas destinadas a adaptar o local de trabalho em função da deficiência, por exemplo, adaptações das instalações ou dos equipamentos, dos ritmos de trabalho, da atribuição de funções, ou da oferta de meios de formação ou de enquadramento”. Este considerando deve ser interpretado no sentido de que têm de ser adotadas medidas práticas e efetivas para adaptar o local de trabalho à deficiência como, *inter alia*, adaptar o local e o equipamento, alterar os tempos de trabalho e os seus ritmos, realizando uma diferente distribuição de atividades atribuindo alguns dos deveres da pessoa com deficiência a outro trabalhador, transferindo o trabalhador para um outro posto de trabalho, alterando as horas de formação, permitindo que o trabalhador se ausente durante o horário de trabalho ou período de formação para sessões de reabilitação, avaliação ou tratamento, adquirindo equipamentos ou modificando os existentes para os adaptar às necessidades da pessoa com deficiência e providenciar um intérprete gestual ou visual.

Dentro da ideia defendida neste Considerando de “adaptação das instalações”, não significa apenas a instalação de um elevador ou de uma rampa mas também pode envolver a instalação de luzes de contraste para pessoas com deficiência visual. Também o “equipamento” pode significar que o trabalhador tenha direito a um teclado adaptado para pessoas com lesões por esforço sistemático,

17 *Direito do Trabalho – Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 399-400.

artrite, ou cadeiras especiais para pessoas com problemas de coluna. Relativamente a “ritmos de trabalho” pode significar a possibilidade de permitir que o trabalhador chegue mais tarde ou mais cedo se a sua deficiência implicar dificuldade em viajar na hora de ponta, nomeadamente em transportes públicos. Por outro lado, o facto de se utilizar o termo *apropriadas* no considerando 20 da Diretiva significa que, antes de se aferir o custo da medida, é necessário analisar a efetividade da mesma. Contudo, este dever não é absoluto pois o art. 5.º não consagra apenas o dever de adaptação, mas que esta seja “razoável” e não provoque um “encargo desproporcionado” para o empregador, sem, todavia, o concretizar.

Mais uma vez, o Preâmbulo da Diretiva dá algumas orientações no sentido de aferir se determinada adaptação deve ser considerada razoável ou desproporcionada já que, nos termos do considerando 21, se estabelece que “para determinar se as medidas em causa são fonte de encargos desproporcionados, dever-se-ão considerar, designadamente, os custos financeiros e outros envolvidos, a dimensão e os recursos financeiros da organização ou empresa e a eventual disponibilidade de fundos públicos ou de outro tipo de assistência”. Porém, consideramos que teria sido preferível que a Diretiva apontasse também para os eventuais benefícios que poderão advir das adaptações que os empregadores fazem, pois, concentrar apenas toda a atenção nesta dicotomia entre trabalhador ou candidato com deficiência e empregador, reforça a perceção de que o principal resultado da adaptação realizada pelo empregador é um custo e não um benefício.

Para aferir do carácter desproporcional deve atender-se a que se trata de uma categoria económica e não psicológica, sendo que vários elementos devem ser tidos em conta como os recursos financeiros da empresa, a sua dimensão e o número de trabalhadores, pois, em princípio, estas adaptações serão mais razoáveis em empresas com maiores recursos, assim como a possibilidade de obtenção de auxílios financeiros por parte do Estado. Há ainda que ter em atenção que, quando se consideram os custos, também se deve ter em linha de conta os eventuais benefícios para os outros trabalhadores ou outros utilizadores¹⁸.

18 Por exemplo, a instalação de rampas ou de elevadores ou mesmo a mudança para um piso térreo de um trabalhador que necessita de uma cadeira de rodas e que atende o público pode

O *American Disabilities Act* define a discriminação como incluindo a falha em realizar uma adaptação razoável, a não ser que a realização da adaptação origine um *undue hardship*. Contudo, como pode ver-se, a Diretiva não utilizou esta expressão, preferindo o termo “encargo desproporcionado”, que pode não significar o mesmo. O termo norte-americano, contudo, tem sido um pouco criticado pois como tem de atender-se a vários fatores.

Torna-se essencial, ainda, comparar o desembolso necessário por parte do empregador com os seus recursos financeiros, sendo que nos parece possível, para aferir do “encargo desproporcionado”, que o empregador invoque esses recursos e que devem assumir um carácter muito importante. Também poderá ser considerado um encargo desproporcionado a instalação de um elevador numa empresa com poucos trabalhadores a trabalhar num andar superior. Contudo, estes exemplos não resolvem de maneira alguma várias das questões levantadas já que não deve ser tido em atenção apenas a proporcionalidade da medida em termos económicos mas também a possibilidade ou impossibilidade legal de remover obstáculos¹⁹. Acresce ainda que a adaptação do local de trabalho poderá ser desproporcionada se colocar em perigo outros locais de trabalho ou se revestir um encargo desproporcionado para os restantes trabalhadores, devendo ter-se ainda em atenção o rácio custo/benefício da medida e o tipo de contrato do trabalhador, assim como a sua duração se for contrato de trabalho a termo.

É relevante ainda ter em atenção o disposto no Considerando 17 da Diretiva pois há um limite ao critério do que deve ser entendido por adaptação razoável. De facto, entende-se que não se pode exigir o recrutamento, a promoção ou a manutenção num emprego, nem a formação, “de uma pessoa que não seja competente, capaz ou disponível para cumprir as funções essenciais do lugar em causa ou para receber uma dada formação”. Nesta medida será lícito e não discriminatório não contratar uma pessoa portadora de deficiência

beneficiar pessoas que também andem em cadeiras de rodas, ou que tenham dificuldade de locomoção, ou mesmo pais com carrinhos de bebés.

19 Imagine-se, por exemplo, que o empregador executa a sua atividade num prédio arrendado e que o senhorio não aceita a realização de obras para adaptar o local para o trabalhador portador de deficiência, tornando a prestação laborativa inviável.

que, independentemente das adaptações razoáveis, não iria conseguir realizar as funções essenciais na empresa por não ter a capacidade necessária para as mesmas. Porém, apesar destas clarificações nos vários considerandos da Diretiva continuamos a considerar que existem várias questões e problemas que surgem deste artigo e que são totalmente transponíveis para o art. 86.º do CT que transpõe este artigo da Diretiva, devendo sempre proceder-se a uma análise casuística, atendendo a todos os argumentos e situações em causa. Deve esclarecer-se que a noção de adaptação razoável deverá estar presente, não só na execução do contrato de trabalho, mas também na fase de recrutamento e, mesmo, na cessação do mesmo.

O conceito abrange o recrutamento pois o empregador terá de considerar a aptidão da pessoa para aquele posto de trabalho, tendo em conta as adaptações que poderiam ser feitas. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que se transporta em cadeira de rodas candidatar-se a um posto de trabalho, sendo que o local onde iria exercer essa atividade se situa num andar sem elevador, sendo necessário considerar a possibilidade de instalação deste ou, em alternativa, se o local de trabalho pode ser alterado para um andar acessível ao candidato; ou o recurso a um tradutor de linguagem gestual numa entrevista; aceitar a possibilidade de o candidato se fazer acompanhar por um cão-guia no caso de ser cego; aferir da possibilidade de responder num computador com programa próprio para pessoas invisuais ou sem braços; aceitar que uma pessoa com problemas de gaguez possa dar as respostas por escrito; conceder mais tempo durante testes de avaliação para pessoas com deficiência; assim como fornecer documentos em linguagem acessível. E o processo de recrutamento também abrange todos os testes que o empregador pretenda realizar.

Por outro lado, abrange ainda as situações em que o trabalhador já contratado começa a sofrer de uma deficiência e não pode continuar a realizar parte ou a totalidade da sua atividade laborativa, colocando-se a questão de saber que adaptações podem ser realizadas para que o trabalhador continue a executar a sua atividade ou, eventualmente, proceder-se a uma alteração de funções. Nesta noção também ficam abrangidas as promoções. De facto, determinadas exigências poderão

ser dispensadas se conduzirem a que um trabalhador perfeitamente capaz, mas portador de uma deficiência, não possa progredir na sua carreira profissional.

O art. 86.º do CT transpõe o art. 5.º da Diretiva estabelecendo o dever para os empregadores de adotarem “medidas adequadas” para que a pessoa com deficiência ou doença crónica tenha acesso a um emprego, o possa exercer e nele progredir, obtendo formação profissional, a não ser que estas medidas impliquem “encargos desproporcionados”, sem, no entanto, precisar este conceito indeterminado. Contudo, o n.º 3 deste artigo esclarece, à semelhança da Diretiva, que estes encargos não são desproporcionados quando forem compensados por apoios do Estado. E o DL 290/2009, de 12 de outubro, contém uma secção própria, secção VI, subordinada à epígrafe *Adaptação de postos de trabalho e eliminação de barreiras arquitetónicas* – arts. 30.º a 37.º -, que compreende vários tipos de apoios.

3.2.4. As pessoas com deficiência continuam numa situação de desvantagem no mercado de trabalho, apesar dos recentes desenvolvimentos económicos nesta matéria, e mais frequentemente continuam a não ter emprego ou a terem um menos exigente e onde se requerem menores conhecimentos. A sua taxa de desemprego é superior e as mulheres portadoras de deficiência, na maior parte dos países, estão numa posição mais desvantajosa do que os homens, tendo, normalmente, uma menor percentagem de participação no mercado de trabalho, maiores taxas de desemprego e um menor nível de educação face aos homens.

A implementação de políticas de apoio é mais bem conseguida a nível local, sendo essencial a participação dos parceiros sociais para uma verdadeira alteração na forma como a sociedade e o mundo de trabalho incluem as pessoas portadoras de deficiência. O envolvimento de todas as partes é fundamental para se conseguir uma melhoria na integração ou reintegração de pessoas portadores de deficiência, doença crónica ou capacidade de trabalho reduzida, sendo que os parceiros sociais se encontram numa melhor posição para dialogar com os empregadores, assim como para implementar melhores políticas de integração a nível local.

3.3. A discriminação em razão da idade

3.3.1. Introdução

É uma verdade lapaliciana afirmar que o mundo está a envelhecer. Na maioria dos países a população está envelhecida e esta situação traz inúmeras mudanças a vários níveis, podendo afirmar-se que o envelhecimento da população é um dos maiores desafios que os países desenvolvidos correntemente enfrentam²⁰.

3.3.2. O que é a idade e qual a sua relação com a discriminação em razão desta?

3.3.2.1. Diferenciar as pessoas em razão da idade constitui uma prática relativamente frequente no seio da UE. Estas distinções podem ocorrer por cumprimento de objetivos socioeconómicos fundando-se em considerações racionais ou até por imperativos legais, como, *inter alia*, o estabelecimento da idade mínima para trabalhar ou para tirar a carta de condução²¹. Mas, muitas vezes, as diferenças de tratamento de certas pessoas ou de certos grupos de pessoas em razão da idade ocorrem devido a preconceitos generalizados ou estereótipos superficiais que podem atingir quer os jovens quer as pessoas mais idosas.

E estes preconceitos ou estereótipos têm um impacto fortemente negativo no contexto laboral, quer na fase de acesso e formação do contrato de trabalho, quer na fase de execução ou de cessação do mesmo. O acesso ao emprego é necessário quer para os jovens, quer para as pessoas mais velhas, se se pretende que cada um possa realizar-se através do trabalho e participar ativamente na sociedade. E este princípio encontra-se reconhecido em

20 Cf., para maiores desenvolvimentos, Teresa COELHO MOREIRA, "A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência", in *Igualdade e não Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 165 e ss., assim como "A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência e o princípio da adaptação razoável", in *Estudos em comemoração dos XX Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 605 e ss., e *Discriminação dos trabalhadores em razão de doença e deficiência - perspetiva europeia e nacional*", in *Saúde, doença e discriminação no local de trabalho*, CEJ, e-book, 2016, pp. 33 e ss..

21 Neste sentido veja-se, *inter alia*, F. CARINCI e A. PIZZOFERRATO, *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, UTET Giuridica, Torino, 2010, p. 425, que defendem ser "facilmente compreensível" este tipo de diferenciação em determinadas situações dando como exemplo caso da proibição de trabalho infantil.

numerosos instrumentos de Direito Internacional onde se reconhece a importância central do direito ao trabalho, como é o caso do art. 26.º do PIDCP, os arts. 6.º, 7.º, 11.º, 12.º e 13.º do PIDESC, assim como a própria Convenção n.º 111 da OIT sobre a discriminação no emprego e no trabalho. Também ao nível da UE vários instrumentos defendem o mesmo.

Desde a Agenda de Lisboa que se defende que assegurar uma diversidade de idades ao nível da mão-de-obra traduz importantes vantagens do ponto de vista socioeconómico permitindo, ainda, uma maior participação no mercado de trabalho e lutar contra a exclusão social.

Também ao nível do próprio TFUE se estabelece a proibição da discriminação em razão da idade no art. 19.º, assim como no art. 21.º da CDFUE, devendo ver-se, ainda, o art. 25.º, relativamente aos direitos das pessoas idosas.

De fundamental importância, ainda, no combate à discriminação em razão da idade é a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000 que proíbe a discriminação em razão da idade como princípio geral embora depois admita uma série de exceções que podem, se interpretadas de forma extensa, esvaziar de conteúdo a proteção assegurada, nomeadamente aceitando a possibilidade de uma discriminação direta contrariamente ao que acontece relativamente aos outros tipos de discriminação proibida.

3.3.2.2. Na Diretiva 2000/78/CE, os considerandos 8 e 25, assim como os artigos 2.º e 6.º, fazem alusão direta à idade, mas sem a definirem. Aliás não se encontra qualquer referência à noção de idade no Direito da UE e as leis nacionais de diferentes ordenamentos jurídico dentro e fora da UE também não são mais concretas.

E esta questão é de fundamental importância para compreender a evolução do entendimento deste tipo de discriminação e mesmo a jurisprudência do TJUE sobre esta matéria, sabendo que existem duas possibilidades: ou a legislação apenas estabelece

que protege de forma genérica a idade, como acontece no direito da UE, ou menciona uma idade específica como acontece no ordenamento jurídico norte-americano que desde 1967 tem legislação específica a proteger contra a discriminação em razão da idade, a *Age Discrimination in Employment Act* e que estabeleceu uma idade específica²².

E se a definição da idade parece evidente: é o marco biológico da passagem do tempo desde o nascimento até à morte, o facto de muitas vezes ser confundida com o envelhecimento torna a situação muito mais complexa pois o processo de envelhecimento é muito mais complicado. E esta confusão que é realizada parece-nos justificar a existência de discriminação em razão da idade, assim como o surgimento de preconceitos e de estereótipos e a necessidade de estabelecer a sua proibição de forma geral, embora se compreenda que existam exceções.

Aliás do ponto de vista médico, social ou mesmo político a aproximação que se defende é através de critérios neutros em relação à idade, mas a questão que se revela fundamental na atualidade é se a turbulência económica que estamos a atravessar não irá mudar a situação.

3.3.2.3. O estabelecimento de limites etários e de reduções baseados na idade tem sido aceite ao longo dos anos como uma ferramenta racional no emprego²³ mas, conforme já se referiu anteriormente, a idade, quer dos mais velhos, quer dos mais novos, é frequentemente sujeita ao estabelecimento de estereótipos relativamente, *inter alia*, à produtividade, à habilidade

22 Sobre esta legislação defendendo a possibilidade de utilizar a inúmera jurisprudência existente para auxiliar o TJUE nesta matéria, veja-se Gregor THÜSING, "Following the U.S. Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC", in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 19, n.º 2, Summer 2003, pp. 187-188. Cf., ainda, sobre alguns problemas relativos à aplicação desta lei, *inter alia*, Doreena ENGLEMAN e Brian KLEINER, "Age discrimination in the workplace", in *Equality, Diversity and Inclusion: An International Journal*, vol. 17, n.ºs 3-5, 1998, pp. 3 e ss., e Jessica ROTHENBERG e Daniel GARDNER, "Protecting Older Workers: The Failure of the Age Discrimination in Employment Act of 1967", in *Journal of Sociology Social Welfare*, vol. XXXVIII, n.º 1, 2011, pp. 9 e ss..

23 Pode ver-se no acórdão *Hennigs*, do TJUE de 8 de setembro de 2011, processo C-297/10 e C-298/10, no parágrafo 71, que o critério da idade adotado para fixar a remuneração de base na altura do recrutamento, "é apenas a forma mais cómoda de constituir categorias de agentes tendo em conta, de forma global, a sua experiência profissional".

e à lealdade. Assim, relativamente aos jovens supõe-se que muitas vezes ainda não têm a maturidade necessária²⁴ e que às pessoas mais idosas falta-lhes muitas vezes a motivação e a capacidade de assimilar novas ideias e são menos flexíveis, menos dinâmicas, sem condições físicas para trabalhar ou que não conseguem produzir novas ideias²⁵.

Mas estas suposições estão, muitas vezes, afastadas da verdade, apoiando-se em estereótipos enganadores e injustos que não refletem a verdadeira diversidade das pessoas inseridas em determinados grupos etários. Assim, há que ter em atenção que há diversos significados para a palavra idade que não apenas o cronológico, e que é o mais utilizado e que, quanto a nós, é o que é entendido para efeitos da Diretiva 2000/78/CE, embora não haja qualquer alusão direta a esta. Podemos encontrar, por exemplo, a idade sociológica ou a idade fisiológica e talvez esta refletisse mais que a idade e o envelhecimento são heterogéneos e individualizados, sendo talvez um critério mais humano e correto do que o cronológico que, de certa forma, mascara a heterogeneidade dos trabalhadores mais idosos escondendo a individualidade de cada um por trás de uma idade, isto é, de um número. Parece-nos que a própria capacidade para trabalhar nos trabalhadores mais velhos não é só determinada pela idade, nem mesmo apenas pelas condições físicas e mentais, mas também pelas convicções pessoais das suas próprias capacidades.

Por outro lado, há diferentes causas de envelhecimento não só endógenas relacionadas com várias teorias médicas, mas também condições exógenas que dependem de pessoa para pessoa, do tipo de atividade que executam e mesmo do tipo de vida que levam.

24 Ver o caso *Kúćikdeveci*, processo n.º C-555/07, de 19 de Janeiro de 2010, onde se tratava de aferir se uma legislação alemã relativa ao despedimento e que não tinha em conta, no cálculo do prazo de aviso prévio, o trabalho prestado pelo trabalhador antes dos 25 anos de idade, e onde se pode ler, parágrafo 35, que segundo o órgão jurisdicional de reenvio, que a justificação desta medida do § 622, n.º 2, segundo parágrafo do BGB, retratava a conceção do legislador de que "os trabalhadores mais novos reagem, na generalidade, mais facilmente e mais rapidamente à perda de emprego e de que lhes pode ser exigida uma maior flexibilidade. Por último, um prazo de aviso prévio mais curto para os jovens trabalhadores facilita a sua contratação, aumentando a flexibilidade na gestão do pessoal".

25 Ver o caso *Byrne vs. FAS*, de 2002 na Irlanda sobre uma trabalhadora de 48 anos a quem tinha sido recusada um posto de trabalho após um período de formação por considerarem que os "os estudantes mais idosos eram menos sucedidos no desenho técnico e por terem mais conflitos devido a compromissos familiares".

Ora, estas diferenças de tratamento que podem ocorrer com base na idade violam o direito fundamental à dignidade humana na medida em que as pessoas vêem-lhes ser recusada a igualdade de tratamento com base em meros preconceitos, impedindo que as pessoas de uma certa idade participem plenamente no mercado de trabalho.

Na verdade, embora existam fatores endógenos e exógenos relacionados com o envelhecimento não se pode afirmar que haja um efeito automático da idade. Esta é um critério que pode trazer mais degradação das capacidades físicas e mentais das pessoas, mas não há uma correlação direta e necessária com o envelhecimento.

Por outro lado, não podemos deixar de ter em atenção que relativamente à discriminação em razão da idade estes estereótipos falsos muitas vezes originam situações de assédio que degradam e humilham a pessoa em causa e que incluem ridicularizar diretamente os trabalhadores mais velhos ou chamando-lhes incompetentes, inacessíveis ou sem dinamismo, atribuindo-lhes trabalhos mais pesados ou comentando reiteradamente que eles deveriam dar lugar aos trabalhadores mais jovens.

3.3.2.4. Por outro lado, a idade também pode ser vista como um critério objetivo, como uma espécie de critério de substituição para indicar alguma situação ou acesso a determinado bem ou política de emprego relacionada com a antiguidade ou até a reforma, por exemplo ou uma determinada experiência que quer ver-se recompensada.

3.3.3. A natureza original da discriminação em razão da idade

3.3.3.1. A aceitação da idade como um critério a atender na defesa da igualdade e na luta contra a discriminação não tem sido fácil, na medida em que a idade não é um motivo como qualquer dos outros relacionados com a discriminação como é o caso da raça ou do sexo pois estes motivos formam características inerentes e geralmente não alteráveis de uma pessoa e, por isso, uma eventual discriminação traz prejuízos a um grupo de pessoas bem definido.

Mas com a idade isso não acontece. Em primeiro lugar porque a idade de uma pessoa altera-se com o passar do tempo o que significa que ela poderá ser submetida a diferentes preconceitos e estereótipos ao longo do tempo. Na verdade, não existem características fixas que definam um determinado grupo de idade contrariamente ao que acontece com outros motivos, o que pode dificultar a comparação de tratamento entre as pessoas²⁶.

Por outro lado, uma determinada idade é relativa. Uma pessoa de 45 anos, por exemplo, é jovem quando comparada com uma de 80, mas velha quando comparada com uma criança de 8 anos. Assim, nem sempre é fácil de identificar uma discriminação fundada na idade pois diferentes grupos podem sofrer este tipo de discriminação com base em vários critérios, colocando-se ainda o problema do grupo nem sempre estar claramente definido pois qual será o grupo ou as pessoas a comparar?

Por outro lado, esta discriminação é por vezes muito pouco visível pois é fácil mascará-la noutros critérios.

A discriminação em razão da idade não deixa de apresentar características peculiares, com um carácter de heterogeneidade relativamente aos outros critérios previstos, introduzidos no panorama da legislação anti discriminatória e que tem vindo a ser clarificada, em grande parte, pela jurisprudência do TJUE.

Atendendo a esta natureza original vários autores italianos referem-se a este tipo de discriminação como a *Cinderela* da discriminação colocando a questão de saber se efetivamente já encontrou e calçou o sapato de cristal ou não. Quanto a nós parece-nos que sim embora seja um sapatinho um pouco apertado e não muito confortável²⁷.

26 Como escreve O. BONARDI, *apud* Flavia SCHIAVETTI, "Limiti e deroghe al divieto di discriminazione per età", in *RGLPS*, n.º 4, 2010, p. 663, nota n.º 7, a diferença de tratamento em razão da idade pode ser um aspeto problemático pois "não se define um grupo fixo e bem definido".

27 Veja-se, *inter alia*, Fabrizio AMATO, "Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?", in *WPC.S.D.L.E. "Massimo d'Antona"*, Maria Vittoria BALLESTRERO, "Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età", in *Lavoro e Diritto*, n.º 1, 2011, p. 142, Olivia BONARDI, *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*", in *WPC.S.D.L.E. "Massimo d'Antona"*, 83/2010, pp. 34-35,

Assim, a discriminação em razão da idade coloca uma espécie de paradoxo desde logo porque o critério de idade pode servir para defender a manutenção do trabalho dos mais velhos, mas, simultaneamente, favorecer a contratação dos mais novos. Levado ao extremo ele pode praticamente ser utilizado em todos os casos pois todas as pessoas têm uma idade que pode ser comparada com pessoas mais novas ou mais velhas.

3.3.3.2. Na própria Diretiva temos a consagração geral da proibição da discriminação em razão da idade à semelhança dos outros critérios mas, por outro lado, há exceções consagradas na própria lei que limitam a possibilidade da existência de discriminação em razão da idade na medida em que, por vezes as distinções fundadas na idade podem ter origem em considerações racionais que não são incompatíveis com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e que se baseiam em objetivos económicos e sociais válidos e que são concebidos para proteger determinados grupos particulares, permitindo uma discriminação direta.

Assim, o art. 4.º, n.º 1 da Diretiva permite uma diferença de tratamento legítima e o art. 25.º, n.º 2, do CT corresponde a este artigo 4.º.

Contudo, parece-nos que a utilização da idade como um pré-juízo para aferir certas características tais como a incapacidade, ou a falta de maturidade ou a falta de saúde não pode ser utilizada nem autorizada como critério geral, na medida em que a idade não parece representar um indicador suficientemente preciso destas características para que possamos utilizá-la como um substituto de um real requisito essencial e determinante. A utilização de estereótipos que assimilam automaticamente o facto de se ser mais idoso a uma diminuição de uma eficácia profissional não pode ser aceite de forma genérica.

Stefania SCARPONI, "Discriminazione per età, ricambio generazionale, discriminazione di genere nei recenti orientamenti della Corte di Giustizia EU", in *RGLPS*, n.º 2, 2011, p. 544, Veronica PAPA, "Il fattore new-comer di discriminazione e il suo contemperamento com le politiche sociali nazionali. A propósito di tre recenti sentenze della Corte di giustizia", *WPC.S.D.L.E. "Massimo d'Antona"*, 85/2010, pp. 2-3.

Defende-se, assim, que esta possibilidade está relacionada com aquelas situações em que a idade será um pressuposto profissional essencial e decisivo para a contratação ou para a manutenção do contrato e que, também nos EUA, são excluídas do âmbito da *Age Discrimination in Employment Act*, dando como exemplos os bombeiros, os polícias, os pilotos de aviação, os motoristas de autocarros, de comboios, ou seja, as atividades em que a boa preparação física e a capacidade física são essenciais e em que a idade constitui um indicador da capacidade potencial dos trabalhadores²⁸.

Também a expectativa dos clientes não parece que possa originar a aceitação de discriminações em razão da idade, como por exemplo se um banco quisesse na fase de acesso e formação do contrato de trabalho, apenas *um venerável bancário com aspeto respeitável com cabelos grisalhos e que aparentasse mais de 50 anos*. Aliás, nos EUA as preferências dos consumidores e dos clientes não podem justificar a admissibilidade de um “requisito essencial e determinante” para a atividade em causa.

Não se pode esquecer que, por exemplo, na Irlanda, foi considerada discriminação em razão da idade, o caso de um anúncio de emprego em que se requeria “um jovem e dinâmico executivo”²⁹. Este anúncio foi considerado claramente discriminatório em razão da idade apesar dos argumentos da entidade empregadora de que o queria dizer realmente era “jovem no coração e na mentalidade”, não querendo referir-se a uma idade cronológica. Contudo, este argumento não foi atendido pois quer no dicionário, quer no próprio sentido comum “jovem” refere-se a uma idade cronológica e seria entendido como excluindo candidatos de meia idade ou mais velhos, sendo que nenhum dos 28 candidatos tinha mais de 40 anos de idade.

Veja-se, ainda, o caso muito interessante decidido pela Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça da Costa Rica a 21 de setembro de 1990 que entendeu como inconstitucional uma

28 Neste sentido Júlio GOMES, *op. cit.*, pp. 406-407.

29 Caso *Equality Authority vs. Ryanair*, de 2000 – DEC-E/2000/14.

norma que estabelecia a reforma forçada e impedia a continuação da relação de trabalho dos trabalhadores em razão da idade – 65 anos, sem estabelecer qualquer outra causa justificativa³⁰.

Parece-nos, ainda, que existem circunstâncias onde a avaliação individual dos trabalhadores torna-se excessivamente onerosa ou é manifestamente impossível e onde a idade de uma pessoa pode efetivamente estar conexas com a posse de um requisito essencial para o exercício de uma certa atividade. Nestes casos, a discriminação em razão da idade pode servir como uma espécie de *fórmula rápida* para distinguir entre diferentes grupos de trabalhadores, na medida em que a avaliação individual é irrealizável. Imagine-se o caso dos pilotos que podem ter uma idade de reforma mais cedo do que os restantes trabalhadores. Esta idade pode ser considerada como necessária e proporcional para atender aos objetivos legítimos da proteção da segurança pública, se existem numerosas provas da deterioração da acuidade visual e do nível de reação com a idade e se é impossível proceder à realização de testes individuais para determinar quais pilotos são vulneráveis a este título. Mas, é essencial, aliás tal como a própria jurisprudência do TJUE tem vindo a decidir, provar que a utilização do limite de idade é claramente necessária. Assim, mesmo um objetivo legítimo como a segurança pública não pode justificar a utilização radical dos limites de idade no caso de uma avaliação individual ser possível.

30 *“IV.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL: la accionante estima que tal disposición infringe su derecho al trabajo (artículo 56 constitucional), y que se le discrimina en cuanto a condiciones laborales (artículo 68), con violación también del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que es conteste en prohibir la discriminación en materia de empleo y ocupación. No observa esta Sala cómo, la sola condición de la edad sea motivo para presumir, iuris et de iure, que la persona adolece de las condiciones físicas o mentales para el cabal cumplimiento de sus funciones. Estimamos que la tendencia, lamentablemente presente en los últimos años, de considerar al anciano poco menos que un inútil, ha sido la culpable de normas como las que aquí se cuestionan... Ya desde la antigüedad ilustres sabios elogiaban la vejez en vez de menoscarla; desde luego en esa época llegar a la ancianidad era cuestión casi de suerte, cuando la esperanza de vida no pasaba de los treinta años. Hoy, cuando la expectativa de vida se encuentra en setenta y cinco años, la vejez ha perdido el privilegio de la rareza y se nos presenta una legión de hombres maduros que genera un problema que la sociedad debe enfrentar con responsabilidad. La competencia por el empleo ha producido legislación social que estimula a los ancianos para pensionarse a partir de cierta edad, lo cual no encuentra esta Sala que violente derecho constitucional alguno, pero cuando el retiro viene obligado, bajo la presunción en este caso de que a los sesenta y cinco años se es inútil, incapaz y poco menos que inservible, el derecho al trabajo se menoscaba groseramente. La ancianidad es un estado natural del ser humano, que no trae necesariamente consigo indolencia, incapacidad ni disminución en la inteligencia. Es decir no existe relación de causalidad necesaria entre la vejez y la incapacidad. Por lo tanto, la premisa legal de que a los sesenta y cinco años se debe hacer retiro forzoso del empleo, es absolutamente irracional e injustificada”.*

Assim, entendemos que este artigo da Diretiva e o correspondente artigo 25.º, n.º 2 do CT, devem ser interpretados restritivamente reduzindo-se aquilo que nos EUA tem vindo a ser entendido como a *bona fide occupational qualification*, como será o caso dos bombeiros, pilotos de aviação, condutores, mas apenas quando a capacidade física é um requisito essencial e não se pode deixar de atender que, mesmo nestes casos, os tribunais americanos têm vindo a colocar várias exigências. Assim, em primeiro lugar, tal como menciona JÚLIO GOMES³¹, é necessário que o empregador se interesse pelo estado de saúde de todos os seus trabalhadores sujeitando-os a exames médicos. Por outro lado, estes limites de idade têm de ser habituais, consistindo nos limites que geralmente são utilizados, dando como exemplo que não foi aceite que existia razão para baixar o ponto de referência dos 60 para os 55 anos quanto ao pessoal de cabine quando tal não era a prática de outras companhias.

Mais, parece-nos ainda que a experiência ou o *know-how* adquiridos podem compensar em várias situações o declínio na saúde física. Assim, *inter alia*, em relação aos pilotos, uma idade mais avançada associada a anos de experiência pode até ter efeitos benéficos pois pode significar uma maior capacidade de aguentar a pressão de determinadas situações e ter resultados melhores.

3.3.3.4. Por outro lado, algumas distinções não se fundam diretamente na idade de uma pessoa mas em características que na realidade estão estreitamente relacionadas com a mesma como é o caso da *antiguidade*, da *maturidade*, da *experiência*, pois só podem ser adquiridas por pessoas que têm uns certos anos de experiência numa atividade e tem de distinguir-se as situações em que estas características constituirão uma discriminação direta ilícita em razão da idade ou quando a sua utilização é justificada e proporcional.

Por outro lado, há determinados conhecimentos que são exigidos que só poderão ser obtidos com o tempo. Será que a utilização de critérios aparentemente neutros nestas circunstâncias que cria

31 Op. cit., p. 407, nota n.º 1074. Ver, ainda, Gregor THÜSING, op. cit., pp. 202-203.

desvantagens na realidade para um certo tipo de grupos pode ser considerada como uma discriminação indireta?

3.3.3.5. Há ainda que atender ao art. 6.º, n.º 1, da Diretiva que permite uma discriminação direta em razão da idade em determinadas circunstâncias. Também no art. 25.º, n.º 3, do CT se estabelece que “são nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional”, mas não concretiza nem dá exemplos, contrariamente ao que acontece com a Diretiva.

Contudo, importa sublinhar que o terreno em que se move o TJUE encontra-se *minado* pelo necessário respeito pela ampla discricionariedade reservada aos Estados membros não apenas na definição dos objetivos de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional que podem justificar um tratamento diferenciado direta ou indiretamente baseado na idade, mas também na definição das medidas que visam atingir esses objetivos.

Assim, para que a nossa lei esteja em conformidade com o Direito da União Europeia, terá de atender-se à interpretação que dele tem sido feita pela profícua jurisprudência da UE nesta matéria, não aplicando caso seja necessário, as disposições da legislação nacional contrárias ao princípio da discriminação em razão da idade, atendendo ao princípio do primado do Direito da União de que o princípio da não discriminação em razão da idade também beneficia e no seguimento do que já foi defendido várias vezes pelo TJUE em várias decisões, decidindo que a exigência de uma interpretação conforme do direito nacional é inerente ao sistema do Tratado, na medida em que permite ao órgão jurisdicional nacional assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União quando se pronuncia sobre o litígio que lhe foi submetido³².

32 Ver a título de exemplo, os acórdãos *Von Colson e Kamann*, de 10 de abril de 1984, processo 14/83, parágrafo 26, *Recueil*, p. 1891, *Marleasing*, processo C- 106/89, parágrafo 8, de 13 de novembro de 1990, *Colectânea*, p. I- 4135, e *Kücükdeveci*, parágrafos 48-53.

3.3.3.6. Nota-se, assim, que discriminação em razão da idade tem uma natureza ambivalente e esta mesma talvez justifique a necessidade sentida pelo TJUE de tratar a proibição deste tipo de discriminação como uma parte de um princípio geral de igualdade de tratamento desde o primeiro caso específico sobre a discriminação em razão da idade. Assim, no acórdão *Mangold*, nos parágrafos 74-75, pode ler-se que “a Diretiva 2000/78/CE não consagra o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho. Com efeito, nos termos do seu artigo 1.º, esta Diretiva tem apenas por objeto “estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual”, encontrando o próprio princípio da proibição dessas formas de discriminação a sua origem, como resulta do primeiro e do quarto considerando da referida Diretiva, em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.” E que “o princípio da não discriminação em razão da idade deve, assim, ser considerado um princípio geral de direito comunitário”.

E no caso *Kücükdeveci*, nos parágrafos 50-51, estabelece-se que “o princípio da não discriminação em razão da idade é um princípio geral de direito da União, porquanto constitui uma aplicação específica do princípio geral da igualdade de tratamento” e que “nestas condições, cabe ao órgão jurisdicional nacional, chamado a pronunciar-se num litígio que põe em causa o princípio da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Diretiva 2000/78, assegurar, no quadro das suas competências, a proteção jurídica que para as pessoas decorre do direito da União e garantir o pleno efeito deste, não aplicando, caso seja necessário, as disposições da lei nacional contrárias a esse princípio”, defendendo mesmo esta não aplicação ainda mesmo antes do prazo de transposição da Diretiva ter terminado, o que só reforça o entendimento de que é um verdadeiro princípio geral da União Europeia.

3.3.4. A exceção à discriminação em razão da idade e a aceitação da possibilidade de uma discriminação direta – análise dos arts. 6.º, n.º 1 da Diretiva, e 25.º, n.º 3 do CT

3.3.4.1. O considerando 25 da Diretiva estabelece que “A proibição de discriminações relacionadas com a idade constitui um elemento essencial para atingir os objetivos estabelecidos pelas orientações para o emprego e encorajar a diversidade no emprego. Todavia, em determinadas circunstâncias, podem-se justificar diferenças de tratamento com base na idade, que implicam a existência de disposições específicas que podem variar consoante a situação dos Estados-Membros³³. Urge pois distinguir diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas”.

Por outro lado, o art. 6.º, n.º 1 da Diretiva estabelece que “Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objetiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objetivo legítimo, incluindo objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objetivo sejam apropriados e necessários³⁴.

Essas diferenças de tratamento podem incluir, designadamente:

- a) O estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção;
- b) A fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego para o acesso ao emprego ou a determinadas regalias associadas ao emprego;

33 Sublinhado nosso.

34 Sublinhado nosso.

- c) A fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho em questão ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma”.

Por seu lado, o art. 25.º, n.º 3, do CT estabelece que “são nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional”.

A Diretiva enumera exemplos de objetivos legítimos que podem justificar a discriminação direta em razão da idade e dos tipos de tratamento diferenciados que podem ser praticados para atingir estes objetivos, mas sempre dentro do princípio da proporcionalidade.

Assim, pode dizer-se que todas estas exceções previstas na Diretiva estão sujeitas um duplo teste baseado na legitimidade e na proporcionalidade, embora também reconheçamos que não têm fronteiras, isto é, estas diferenças de tratamento serão sempre admissíveis desde que o critério da legitimidade do objeto e da sua justificação exista e desde que seja atingido através de meios apropriados e necessários, sendo as alíneas a) a c) do n.º 1 apenas meros exemplos, ainda que a jurisprudência do TJUE pareça estar a começar a fazer uma interpretação restritiva destes.

Pode afirmar-se então que, embora os Estados membros disponham de uma ampla margem de manobra na escolha das medidas para atingir estes objetivos, que inclui a possibilidade de abster-se de examinar cada caso em particular e que este direito fundamental a não ser discriminado em razão da idade é muito relativo pois certas justificações gerais dos Estados podem ser legítimas como, *inter alia*, a luta contra o desemprego e a partilha de emprego, ainda assim, a margem de apreciação não pode ser entendida em termos tão amplos que esvazie o conteúdo desta proibição. Assim, mesmo as distinções baseadas na idade que se

enquadrem no campo de aplicação dos exemplos da Diretiva têm de satisfazer o teste de justificação objetiva e serem necessárias e proporcionais.

Assim, para que o empregador possa realizar uma discriminação em razão da idade que não seja considerada discriminatória e proibida tem de começar por provar a existência de um objetivo legítimo em relação à finalidade pretendida, tendo em atenção que, segundo a Diretiva, são incluídos objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional.

O Tribunal de Justiça tem defendido em várias decisões sobre esta matéria que os Estados membros dispõem de um amplo poder de apreciação na escolha das medidas suscetíveis de realizar os seus objetivos em matéria de política social e emprego. Assim, a inserção das pessoas mais velhas desempregadas, na medida em que estes deparam com grandes dificuldades para voltar a arranjar trabalho, foi considerado como um objetivo legítimo em *Mangold*³⁵. A ideia de partilha de emprego e de mudança geracional tem sido entendido como um objetivo legítimo de política social em várias decisões.

A introdução de reforma obrigatória pelo facto de se ter atingido uma certa idade inserida num contexto económico caracterizado por um elevado desemprego para oferecer, no âmbito da política nacional de emprego, oportunidades no mercado de trabalho às pessoas à procura de emprego, também foi entendido como um objetivo legítimo, ainda que a disposição em causa não fizesse alusão formal a este objetivo, tal como aconteceu no caso *Palacios*. Neste caso o tribunal decidiu que o art. 6.º, n.º 1, da Diretiva não pode ser interpretado no sentido de se considerar que um “imprecisão da legislação nacional em causa, quanto ao objetivo prosseguido, tenha por efeito excluir automaticamente que essa legislação possa ser justificada nos termos desta disposição”, considerando, ainda, que “a legitimidade de tal objetivo não pode ser razoavelmente posta em causa, uma vez

35 Cf. Rüdiger HELM, “Seniorpartner gegen Altersdiskriminierung – gleicher Honoraranteil im Alter”, in AuR, n.º 1, 2013, pp. 34 e ss..

que a política de emprego e a situação do mercado de trabalho estão entre os objetivos expressamente enunciados no art. 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo da Diretiva 2000/78 e que, nos termos do art. 2.º, primeiro parágrafo, primeiro travessão, UE e do art. 2.º CE, a promoção de um elevado nível de emprego constitui uma das finalidades prosseguidas quer pela União Europeia quer pela Comunidade”³⁶.

Relativamente a este argumento do Tribunal não podemos deixar de constatar que o objetivo é dado por pressupostos e desmente não apenas a ideia da necessidade imposta pela Diretiva de que os Estados membros tenham de individualizar taxativamente os casos em cuja disparidade de tratamento seja justificada, mas também a ideia mais moderada da convicção que a Diretiva imponha aos Estados a obrigação de especificarem quais são os objetivos legítimos que geram um tratamento desfavorável em razão da idade.

A promoção da contratação de trabalhadores com o objetivo de partilha de trabalho entre gerações e o estabelecimento da cessação automática do contrato de trabalho dos trabalhadores que preenchem os requisitos da idade e de contribuição para beneficiar do pagamento dos seus direitos à reforma tem sido aceite como objetivo legítimo em várias outras decisões. O Tribunal tem reiteradamente decidido que este mecanismo “repousa num equilíbrio entre considerações de ordem política, económica, social, demográfica e/ou orçamental e depende da opção de prolongar a duração da vida ativa dos trabalhadores ou, pelo contrário, de prever a passagem à reforma antecipada destes últimos”³⁷.

Por outro lado, o Tribunal decidiu, ainda, que o facto da lista que consta do art. 6.º, n.º 1, da Diretiva não conter as cláusulas de cessação automática dos contratos de trabalho, não é, em si mesma, determinante, na medida em que esta lista tem apenas

36 Parágrafos 55, 56 e 64.

37 Veja-se caso *Rosenblatt*, processo C- 45/09, de 12 de outubro de 2010, parágrafo 44, assim como *Palacios*, parágrafo 69.

“valor indicativo”. Decidiu, desta forma, que os Estados membros quando transpõem esta Diretiva não são obrigados a elaborar uma lista específica das diferenças de tratamento que podem ser justificadas por um objetivo legítimo. E se decidirem fazê-lo podem incluir outros exemplos de diferenças de tratamento e de objetivos, para além daqueles que são expressamente indicados na Diretiva mas “desde que esses objetivos sejam legítimos, na aceção do artigo 6.º, n.º 1” e que essas diferenças de tratamento sejam “adequadas e pertinentes para atingir esses objetivos”^{38 39}.

O problema que se levanta perante este argumento parece-nos ser o de que a legitimidade das políticas pode mudar consoante o contexto económico, bastando dar como exemplo que, no caso *Palacios*, a reforma obrigatória tinha sido inserida na legislação num contexto económico de desemprego generalizado. E a questão fundamental que se levanta é a de saber quando se avalia da legitimidade da política social adotada: quando a legislação é adotada ou quando o caso é levado a tribunal, já que, nesta altura, esse contexto pode já não existir.

Por outro lado, há que ter em atenção que os objetivos legítimos não são os objetivos do empregador como o Tribunal já teve ocasião de decidir no caso *Age Concern England*, assim como no acórdão *Fuchs e Köhler*.

3.3.4.2. Por outro lado, os limites de idade que não estejam ligados a uma justificação clara não podem ser utilizados, o mesmo acontecendo com os limites de idade que possam ser facilmente substituídos por métodos menos restritivos para obter o objetivo legítimo em causa, embora consideremos que, analisando a vasta jurisprudência da UE sobre a matéria, há uma diferença na utilização do princípio da proporcionalidade consoante o tipo de casos julgados. Assim, parece-nos que, relativamente à utilização

38 Vejam-se os casos *Age Concern England*, parágrafo 43, e *Rosenbladt*, parágrafo 40.

39 Tal como defende Mélanie SCHMITT, “De la portée limitée de l’interdiction des discriminations liées à l’âge: une indemnité de licenciement peut être plafonnée selon un critère d’âge”, in *DO*, n.º 753, 2011, p. 220, a lista dos objetivos legítimos referidos na Diretiva é apenas indicativa e não exaustiva, conservando os Estados membros uma grande margem de manobra relativamente à sua política de emprego.

do teste da proporcionalidade, isto é, em relação ao juízo que se faz acerca do objetivo ser apropriado e necessário, este é mais *fraco* nos casos em que está em causa a reforma dos trabalhadores e *forte* ou mais *apertado* nos restantes casos.

A limitação de uma idade mínima para exercer determinado tipo de funções como a de juízes pode, por exemplo, ser substituída pela exigência de uma duração de formação inicial mínima. Da mesma forma, a fixação de uma idade máxima para ser juiz pode ser justificada para manter a independência judiciária na medida em que não seria possível realizar testes individuais sobre as competências dos mesmos sem colocar em perigo a percepção da sua independência.

3.3.4.3. Por outro lado, o meio utilizado pelo legislador nacional tem de ser apropriado, isto é, tem de ser próprio para atingir o objetivo pretendido, tal como decidiu no acórdão *Mangold*⁴⁰.

O papel do Tribunal limita-se então a assegurar que as medidas adotadas não são desrazoáveis, isto é, que as medidas em causa não são manifestamente inapropriadas e desnecessárias para o efeito, tal como tem feito em inúmeras decisões sobre a matéria.

3.3.4.4. Os meios para atingir o objetivo pretendido têm de ser, ainda, necessários e só o serão se o objetivo legítimo pretendido não poder ser obtido por outros meios mais moderados.

O problema que apresenta este carácter necessário da medida é o de que os Estados muitas vezes fundamentam as suas decisões com base em apreciações globais sem ter em atenção a vontade ou a capacidade real dos indivíduos a partir de uma certa idade, sem se interrogar sobre a real capacidade para trabalhar dos mesmos. Apoia-se, desta forma, na *vontade presumida* de uma categoria ou sobre as *supostas* capacidades físicas dos trabalhadores com uma determinada idade para os reformar obrigatoriamente.

40 Ver parágrafos 64 e 65.

3.3.4.5. Mesmo que se considere que uma medida é apropriada e necessária para conseguir um objetivo legítimo tem ainda de verificar-se se esta disposição não implica uma limitação excessiva nos interesses legítimos dos trabalhadores. Assim, estas medidas adotadas não devem causar inconvenientes desmesurados relativamente ao fim pretendido, conciliando dentro da medida do possível, as exigências do princípio da igualdade de tratamento e os objetivos de política social pretendidos pelo Estado e tentando encontrar um justo equilíbrio entre eles⁴¹.

3.4. A discriminação em razão da raça

A discriminação em razão da raça na relação de trabalho vem regulada na Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, relativa à implementação do princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de raça, sendo foi transposta parcialmente nos arts. 23.º e ss. do CT, sendo que nos restantes aspetos a transposição foi realizada pela Lei n.º 18/2004, de 11 de maio, entretanto revogada pela Lei 93/2017, de 23 de agosto.

Interessante notar que não há um conceito de raça, mas existem decisões interessantes a nível da UE sobre este fator⁴², ainda que a nível nacional não existam. Assim, não podemos deixar de referir o caso *Chez*, processo C-83/14, onde se defendeu uma discriminação por associação em razão da raça/etnia, considerando que “o âmbito de aplicação da Diretiva 2000/43, atendendo ao objeto e à natureza dos direitos que visa proteger, não deve ser definido em termos restritivos, pode, neste caso, justificar a interpretação segundo a qual o princípio da igualdade de tratamento consagrado por esta diretiva não se aplica a uma determinada categoria de pessoas, mas em função das razões referidas no seu artigo 1.º, pelo que beneficia igualmente as pessoas que, embora não pertencendo à raça ou à etnia em causa, sofrem, porém, um tratamento menos favorável ou uma desvantagem por um destes motivos”.

Uma outra decisão muito interessante e até um *leading case* não apenas para este fator mas para a compreensão do que deva entender-se por discriminação direta foi o caso *Feryn*, processo C-54/07, onde o TJUE

41 Sobre toda esta matéria cf., para maiores desenvolvimentos, Teresa COELHO MOREIRA, “A discriminação em razão da idade num contexto de uma população envelhecida na UE”, in *Igualdade e...*, cit., pp. 9 e ss..

42 Mesmo que não diretamente relacionadas com o trabalho.

considerou ter existido discriminação direta o “O facto de uma entidade patronal declarar, publicamente, que não contratará trabalhadores assalariados de certa origem étnica ou racial constitui uma discriminação direta a nível da contratação, na aceção do artigo 2.º, n.º2, alínea a), da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, dado que tais declarações podem dissuadir seriamente certos candidatos de apresentarem a sua candidatura e, portanto, dificultar o seu acesso ao mercado de trabalho”.

Conclusões

- 1.** São múltiplos e variados os fatores de discriminação. A sua proibição está consagrada em vários ordenamentos jurídicos, mas continua a existir discriminação.
- 2.** Devemos ter em mente que as leis anti discriminatórias visam preservar a igualdade de oportunidades para todos e que impõem um dever aos empregadores de trabalharem para esse fim, impondo-lhes um especial dever para evitar decisões que comprometam a igualdade social.

El derecho del trabajo y las plataformas digitales

Carlos de Buen Unna

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Carlos de Buen Unna*

Sumario: 1. Introducción. 2. Las plataformas digitales. 3. La razón de ser del derecho del trabajo y la esencia de la relación laboral. 4. El trabajo en las plataformas digitales. 5. Concluyendo.

1. Introducción

Asumimos el encargo de escribir este ensayo sobre el trabajo en las plataformas digitales, que constituyen el más reciente instrumento para explotar el trabajo humano, tarea que nos permite continuar con el viejo debate sobre el objeto del derecho del trabajo, que está muy lejos de ser resuelto y no tiene visos de llegar a una feliz conclusión mientras se siga sosteniendo que nuestra disciplina no tiene la fuerza ni la grandeza suficientes para poder proteger a quienes trabajan para alguien más, sin importar cómo lo hagan. Cada vez hay más trabajadores supuestamente autónomos, cuyas condiciones laborales son diferentes de las que suelen presentarse en el pequeño taller, en la gran fábrica o en los centros comerciales, personas que quizás no laboren a la sombra de su empleador y a veces ni siquiera saben para quién trabajan, pero están igualmente sometidas al poder de quien se apropia del valor de su trabajo, de quien se vale de su trabajo personal para su propio beneficio.

En un ensayo cuya primera versión escribimos en 2002, el cual titulamos "El derecho de qué trabajo"¹, sostuvimos –y seguimos sosteniendo– que el objeto del derecho del trabajo ha quedado reducido indebidamente

* Abogado laboralista y profesor de Derecho del Trabajo. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1 Publicado en la obra colectiva: Néstor de Buen Lozano (coordinador), *Memorias del XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Gobierno del Estado de Puebla y la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Puebla, Pue. 2002, pp. 264-289, y en la *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 2 de enero/diciembre de 2006, de la Fundación Universitas, Barquisimeto, pp. 57-85.

a algunas actividades productivas del hombre, a pesar de que el trabajo, como todo bien social—el más importante, sin duda—, merece la protección jurídica, más allá de la forma como se lleve a cabo y las características particulares de la relación que pueda surgir entre quien presta el servicio y quien se beneficia de este. Aquel planteamiento es el punto de partida para analizar ahora el trabajo en las plataformas digitales.

Podemos admitir, sin demasiadas atribuciones, que el trabajo debe ser protegido, aun antes que el trabajador. No obstante, la finalidad del derecho del trabajo no es la protección del trabajo, sino la del trabajador. De lo demás se ocupa la economía.

En términos generales, la doctrina y la legislación han definido el trabajo que es objeto del derecho laboral como la prestación de un servicio personal, remunerado y subordinado (o dependiente) y han conferido a la subordinación (o dependencia) ciertas características que dejan fuera a un gran número de actividades productivas que, por ello, quienes las realizan no reciben la protección del derecho del trabajo². Quienes prefieren hablar de la ajenidad como elemento esencial de las relaciones laborales—en vez de la subordinación o la dependencia—suelen admitir que hay trabajadores autónomos, a pesar de que, casi siempre, el producto de su trabajo vaya a dar a un mercado que acaba siendo un eficaz subordinador. A partir de esta idea, dividen el trabajo en dos grandes rubros: el trabajo por cuenta ajena, que es el único al que consideran objeto del derecho del trabajo, y el trabajo autónomo o por cuenta propia, que escapa al ámbito protector de nuestra disciplina³. Las fronteras, sin embargo, son difusas y lejos de que la subordinación, la dependencia o la ajenidad identifiquen de mejor manera los casos difíciles, cada día resultan menos útiles ante las nuevas formas de producción.

2 Subordinación y dependencia, al menos a los efectos de las relaciones de trabajo, vienen a ser la misma cosa, por lo que usaremos indistintamente estos sustantivos, sin adjetivos calificativos, como cuando se habla de la dependencia económica o de la dependencia jurídica. En las primeras acepciones del Diccionario de la Lengua Española, dependencia se define como "subordinación a un poder" y subordinación como "sujeción a la orden, mando o dominio de alguien" (Real Academia Española, Edición del Tricentenario, 2019).

3 La ley del Contrato de Trabajo de España de 1931 establecía como objeto del contrato de trabajo el trabajo u obra realizados "por cuenta y dependencia ajenas". Se atribuye el desarrollo fundamental de la teoría a Gaspar Bayón Chacón. Ver: Jaime Montalvo Correa, *Fundamentos de derecho del trabajo*, Editorial Civitas, Madrid, 1975, pp. 200 y 201.

El debate entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, que está cargado de signos poco claros, vuelve a surgir con fuerza alrededor del trabajo en las plataformas digitales, pero suele hacer poco caso de la cuestión más importante, que es la remuneración, alrededor de la cual surgen el trabajo y el derecho del trabajo. En efecto, aun si se habla de trabajadores autónomos –salvo contadas excepciones que interesan poco al derecho del trabajo–, lo que buscan, antes que cualquier otra cosa, es obtener un ingreso que les permita subsistir razonablemente bien y en ello no se diferencian de los dependientes o subordinados. No se trata, como apunta Ackerman –siguiendo a Alonso Olea–, de ignorar o depreciar otros valores del trabajo, pero esas reflexiones pertenecen a la filosofía del trabajo que "debe ser dejada de lado a la hora de la consideración *jurídica*"⁴. El propio Alonso Olea, para quien el objeto directo del derecho del trabajo es el trabajo por cuenta ajena, y solo indirectamente podría considerar formas autónomas, reconoce que la causa final del trabajo productivo (por cuenta propia o ajena) es la subsistencia de quien trabaja⁵ y no cabe duda de que la obtención de un ingreso es el principal aliciente, cuando no el único, de quienes se animan a buscar trabajo en el ciberespacio.

No nos disgusta la idea de ubicar el objeto del derecho del trabajo con base en la ajenidad en los frutos⁶, concepto que también sostiene Alonso Olea al desarrollar la teoría de la ajenidad, el cual asumimos con algunas reservas. Para Montoya, aquellos frutos se concretan en la ganancia económica: el trabajo por cuenta ajena supone que "la utilidad patrimonial del trabajo se atribuye a persona distinta del propio trabajador, a saber, el empresario"⁷. Según esto, el empresario es parte esencial de la relación de trabajo, lo que parece llevarnos, de nueva cuenta, al concepto restringido de la relación estrictamente interpersonal. Es claro que en un número de casos cada vez mayor, la relación laboral trasciende al empleador formal, sea una persona física o jurídica, para

4 Mario E. Ackerman, "El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo", en Mario Ackerman (director) y Diego Tosca (coordinador), *Tratado de derecho del trabajo*, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 13.

5 Manuel Alonso Olea, *Derecho del trabajo*, Décima edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1987, pp. 27-31.

6 Entendiendo la palabra "frutos" en el sentido amplio de "producto o resultado obtenido" (Real Academia Española, Edición del Tricentenario, 2019), sin tener que ligarla a aspectos lucrativos ni siquiera patrimoniales.

7 Alfredo Montoya, *Derecho del trabajo*, Decimoséptima edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 36.

ligar al trabajador con el patrimonio que se beneficia o se pretende beneficiar con el trabajo prestado, en un fenómeno que vale expresar como la "patrimonialización" del empleador⁸. Hay que decir, además, que no toda utilidad derivada del trabajo es patrimonial.

En aquel ensayo propusimos algunas reglas y principios que servirían para construir un nuevo derecho del trabajo a partir de una definición amplísima de la relación laboral que solo excluiría la producción de bienes para el autoconsumo, a la que, en una nueva reflexión, agregamos las relaciones directas entre el trabajador y el consumidor, en las que no participa intermediario alguno⁹. Se trata básicamente de llevar a cabo dos acciones complementarias: por un lado, transferir algunas de las responsabilidades que hoy se atribuyen al empleador a quien se apropia de los bienes y servicios producidos por el trabajador, ya sea para su consumo o disfrute personal o para convertirlos en mercancías, es decir, a quien obtiene o pretende obtener, en beneficio propio, una parte del

8 Cada vez es más común que las empresas se dividan jurídicamente en diferentes personas que responden a una misma finalidad patrimonial, lo que, junto con el recurso a las distintas formas de tercerización o externalización de las relaciones de trabajo, que muchas veces son producto de la simulación, hace que sea cada vez más improbable identificar al empleador con una misma persona física o jurídica, lo que obliga a buscar el patrimonio beneficiado, a "levantar el velo corporativo" como lo expresa la jurisprudencia que lleva por rubro: "Técnica del "levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo". Su sustento doctrinal y la justificación de su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas". En esta tesis se advierte que los privilegios de las personas morales han sido usados "para realizar conductas abusivas de los derechos o constitutivas de fraude o de simulación ante la ley [...]", aprovechando indebidamente la personalidad jurídica para afectar derechos de terceros y del erario, de donde surge la necesidad de "penetrar en su interior para apreciar los intereses reales y efectos económicos o negocio subyacente que existan o latan en su seno, con el objetivo de poner un coto a los fraudes y abusos que, por medio de esos privilegios, la persona jurídica pueda cometer [para lo cual] podrá hacerse una separación absoluta entre la persona social y cada uno de los socios, así como de sus respectivos patrimonios, y analizar sus aspectos, personal, de fines, estrategias, incentivos, resultados y actividad, para buscar una identidad sustancial entre ellos con determinado propósito común, y ver si es factible establecer la existencia de un patrón de conducta específico tras la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas [...]", que es lo que la doctrina conoce como la técnica para el "levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo". Se trata de la jurisprudencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito número I.4o.A. J/70, correspondiente a la Novena Época del Poder Judicial Federal mexicano, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. XXVIII, noviembre de 2008, p. 1271, reg. 168410.

9 Esta idea parece corresponder al concepto de "alteridad" al que recurre Alarcón Caracuel –siguiendo a Luis Enrique de la Villa–, que se refiere estrictamente a que el producto del trabajo acaba en manos de alguien más –el consumidor– sin que ello implique necesariamente que exista algún tipo de apropiación de una parte del trabajo por parte de un intermediario –el empleador capitalista– como ocurre en las relaciones de trabajo, lo que en todo caso corresponde a la idea de la "ajenidad" que adopta buena parte de la doctrina española para concebir la relación laboral. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, "La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28/1986, Estudios, p. 495, numeral 2.2.

valor que el trabajador produce o agrega; por el otro, asumir socialmente una parte de los costos laborales, bajo la premisa de que el trabajo es útil y necesario para toda la sociedad, más allá de los beneficiarios específicos.

En esa ocasión pusimos como ejemplo el caso hipotético de un trabajador que tendría la libertad para decidir el tiempo que dedicaría a su trabajo, sin estar sujeto a la supervisión directa del empleador, a horarios o jornadas prefijados ni a determinados días de descanso, pero cuyas condiciones laborales tendrían que permitirle laborar en jornadas razonables y gozar de los descansos necesarios. El trabajo en las plataformas digitales debería encajar en aquel supuesto.

2. Las plataformas digitales

En términos generales, una plataforma digital no es otra cosa que un portal de Internet que almacena información que se pone a disposición de los usuarios para muy diversas actividades. Hay plataformas sociales como Facebook o Instagram; plataformas de contenido audiovisual como Youtube o Vimeo, plataformas educativas como Blackboard e incluso algunas propiamente comerciales como ebay o Amazon (venta de bienes) y Airbnb (hospedaje de corto plazo en hogares privados) que no se proponen prestar servicios personales, al menos no es su objetivo principal. Sin embargo, cuando hablamos del trabajo en las plataformas digitales nos referimos a empresas que crean sus redes digitales tanto para ofrecer sus servicios a sus clientes como para contratar a sus trabajadores. Podemos entenderlas también como formas de producción o "modelos de negocios" donde las empresas utilizan medios electrónicos para ofrecer trabajos, bajo ciertas condiciones, y recibir los resultados por los mismos medios. Se trata, en esencia, de hacer coincidir la oferta con la demanda de trabajo por la vía digital. En estas plataformas, quienes prestan sus servicios aportan los instrumentos de trabajo, básicamente una computadora o un teléfono inteligente, una línea de Internet y, en muchas ocasiones, un automóvil, una motocicleta o una bicicleta. Formalmente no se generan vínculos laborales entre quienes prestan sus servicios (nos referiremos a ellos como los "prestadores de servicios",

los "colaboradores" o los "trabajadores") y la empresa que maneja la plataforma (la "empresa", la "compañía" o la "plataforma") o con las personas que recurren a ella (los "clientes" o "usuarios").

Las principales características de este tipo de trabajos son: a) la existencia de un trabajo remunerado que se organiza a través de la plataforma; b) el involucramiento de tres partes: la plataforma, el cliente y el trabajador; c) un objetivo general consistente en la realización de tareas específicas o la solución de problemas concretos; d) una forma de subcontratación o externalización; e) la conversión de "trabajos" en "tareas" y f) el ofrecimiento de servicios bajo demanda¹⁰. Todo ello como parte de un negocio.

No siempre fue así. Existieron –y aún existen– plataformas que realmente se dedicaban a intermediar entre los prestadores de servicios y los clientes, como los directorios de médicos o abogados que, al mismo tiempo que dan información a los interesados, sirven para la promoción profesional. Alexander Godínez menciona aquellas que "se limitaron a realizar servicios de intermediación, asegurando un espacio virtual, a un costo accesible, con alto asesoramiento o apoyo técnico, que agrupó una significativa cantidad de información sobre personas que ofrecían servicios similares o iguales [...]". Se transformaron, sin embargo, en empresas que se dedicaron a "controlar la oferta de servicios de un incuantificable número de personas interesadas en la prestación de servicios [...]"¹¹, fijando las condiciones para el acceso y la permanencia de los colaboradores y las condiciones en las que los prestarían.

El control convirtió a las plataformas en las oferentes de los servicios y a los colaboradores en sus trabajadores, dando paso a la *gig economy*, una forma de producir que no se compromete con los trabajadores, que tiene permanentemente a su disposición un gigantesco ejército de reserva, que solo se obliga a pagar la cuota que la propia empresa fija de manera unilateral, y eso, si queda satisfecha con el trabajo. Estas

10 Rebecca Florisson e Irene Mandl, *Digital age: Employment and working conditions of selected types of platform work*, (working paper). European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), 2018, p. 2.

11 Alexander Godínez Vargas, "El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes", en *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 54, junio de 2019, pp. 35 y 36.

plataformas difícilmente crean trabajo, más bien transforman empleos formales en trabajos precarios que, por escapar al derecho del trabajo y algunas obligaciones fiscales, son parte de la economía informal.

Como se puede observar, no hay una diferencia sustancial respecto de los elementos esenciales de las relaciones laborales: se trata de trabajos personales, remunerados, subordinados y por cuenta ajena. Sin embargo, la lejanía física entre los sujetos que participan en la relación, la presencia intangible del empleador, las formas de transmitir los órdenes de trabajo por medios que impropriadamente se califican como "virtuales" (puesto que son absolutamente reales), las ofertas de trabajo lanzadas a destinatarios genéricos, la aparente libertad de los colaboradores para decidir si aceptan o no el trabajo que se les ofrece y la manera de remunerarlo son las características especiales con las que se pretende justificar que no se trata de relaciones laborales. En las elegantes palabras de Juan Raso: "la empresa se vuelve una interminable secuencia de algoritmos, con los que nos interrelacionamos en el inasible mundo virtual"¹².

Las plataformas suelen dirigir sus ofertas de trabajo a grupos indeterminados de personas a los que estiman capaces y cuentan con los medios necesarios para realizar las actividades que demandan; establecen unilateralmente las condiciones sobre la calidad y cantidad de los servicios, los tiempos de entrega y la remuneración y se reservan, por lo general, el derecho a rechazar los trabajos a partir de la evaluación que realizan o encomiendan a terceros. Los trabajadores pueden aceptar las ofertas o ignorarlas, aunque algunas plataformas se reservan también el derecho de "darlos de baja" de su lista de colaboradores si no rinden un mínimo necesario para su permanencia. Las plataformas no reconocen a los colaboradores como sus trabajadores y, en consecuencia, no los inscriben en la seguridad social, no les pagan ninguna prestación más allá de la compensación que les ofrecen y, desde luego, no les otorgan estabilidad alguna.

Es todo un eufemismo hablar de "economía colaborativa" para referirse a las plataformas digitales. Aquel concepto surgió como un medio para ayudar a resolver problemas, para el intercambio o uso compartido

12 Juan Raso Delgue: "La empresa virtual: nuevos retos para el derecho del trabajo", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (ADAPT), Vol. 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, © 2017 ADAPT University Press, p. 4.

de bienes y servicios sin ánimo de lucro (libros, alojamientos y viajes, por ejemplo), para constituir bancos de alimentos y otras acciones filantrópicas, pero se usa hoy para todo tipo de transacciones en el mercado digital.

Es cierto que el propio colaborador suele concebir su condición de manera diferente a la del trabajador tradicional y muchas veces no visualiza "su propia debilidad frente a los "socios", para los cuales trabaja"¹³, pero ello no es excusa para asignarle un estatus diferente si se considera que los derechos mínimos de los trabajadores son irrenunciables.

Un estudio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 2019, que incluyó encuestas realizadas en los años 2015 y 2017 a 3500 trabajadores de cinco plataformas digitales en 75 países de diferentes grados de desarrollo económico y social, distingue dos tipos de plataformas: las plataformas en línea, en las que el trabajo se terceriza mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa (*crowdwork*), y las aplicaciones móviles (*apps*) con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en áreas específicas (trabajo a pedido o *work on demand*). Dentro de las primeras, algunas se dedican a la asignación de "microtareas", brindando a sus clientes el acceso "a una fuerza de trabajo extensa y flexible (*crowd*) para llevar a cabo trabajos que generalmente son de poca envergadura y pueden ser realizados a distancia, haciendo uso de una computadora y una línea de Internet. Se trata de tareas diversas que van desde la identificación, transcripción y anotación de imágenes hasta la moderación de contenidos y la recopilación y el procesamiento de datos, pasando por la transcripción de audio y video, y la traducción"¹⁴. Entre las segundas destacan los servicios de transporte de pasajeros, mensajería y entrega de alimentos, pero cubren muchos más, como cuidar a los niños, pasear a los perros y hasta proporcionar servicios legales, contables y financieros.

El estudio de la OIT comprende solo plataformas del primer grupo que identifica como de microtareas en el que encontramos el caso de Amazon Mechanical Turk o MTurk (*mturk.com*), plataforma que ofrece externalizar pequeñas tareas de información a una fuerza laboral global,

13 *Ibidem*, p. 17.

14 *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, OIT, Ginebra, 2019, p. XV.

dispersa y flexible que trabaja virtualmente. Incluye casi cualquier cosa (recabar, analizar y validar datos, identificar imágenes, transcribir voces, resolver encuestas, moderar contenidos, agilizar procesos comerciales, etc.), pero su especialidad son tareas simples y repetitivas. Paga por tarea terminada. Una parte central de su oferta a los clientes es la liberación de responsabilidades laborales y para ello presume:

Ampliar y reducir una fuerza laboral no es la tarea más fácil. Con acceso a una fuerza laboral global, a pedido, 24x7, MTurk permite a las empresas y organizaciones realizar el trabajo de manera fácil y rápida cuando lo necesiten, sin la dificultad asociada con escalar dinámicamente su fuerza laboral interna [...]. Al aprovechar las habilidades de los trabajadores distribuidos en un modelo de pago por tarea, puede reducir significativamente los costos [...]"¹⁵.

Ofrece, pues, un ejército de reserva prácticamente ilimitado y siempre disponible.

Otro ejemplo es Liveops (liveops.com) que es un centro de atención telefónica (*call center*) que ofrece diversos servicios de ventas, asesoría para el uso de productos diversos, asistencia en carretera, reclamos de seguros, pedidos de comida, cuidado de la salud, etc. A los colaboradores les ofrece trabajar desde su hogar con sus propias herramientas, con horarios flexibles y la posibilidad de trabajar para diferentes personas al mismo tiempo. Con gran cinismo agrega: "[...] construir su propio negocio y vivir la vida en sus propios términos debe ser más importante que una fiesta de pizza a fin de mes"¹⁶.

Dentro del segundo grupo de plataformas digitales hay casos muy conocidos como Uber (uber.com), que proporciona servicios de transporte en los que el colaborador usa su propio vehículo (o el que consigue por su cuenta) para trasladar pasajeros, utilizando una aplicación móvil con geolocalización que registra a quienes demandan el servicio a un destino específico, les asigna una tarifa y, una vez aceptada por el cliente, trasmite la petición a un colaborador cercano que decide si acepta el trabajo o lo rechaza¹⁷. Operan de manera similar las plataformas

15 Tomado de su página de Internet, visitada el 20 de julio de 2020, con traducción de Google.

16 Tomado de su página de Internet, visitada el 20 de julio de 2020, con traducción de Google.

17 Estas compañías se han diversificado y algunas como Uber ofrecen además servicios de entrega de alimentos y el uso de bicicletas y patines (*scooters*) eléctricos, vehículos autónomos e

Cabify, Beat y Didi, entre otras. Estas empresas han generado conflictos en muchos países, principalmente por la competencia desleal que representan para los taxistas y otros transportistas que deben obtener permisos especiales y cumplir con normas que no se aplican a las plataformas digitales, pero también por cuestiones fiscales, al recurrir a sistemas de elusión o evasión de impuestos y refugiarse en paraísos fiscales. Sin embargo, lo que aquí nos importa más es la relación entre la plataforma y los colaboradores.

En su página de Internet¹⁸ Uber invita a los posibles colaboradores a convertirse en "socios conductores" y publica una carta de su director ejecutivo (*chief executive officer, CEO*) en la que afirma que su red representa una de las plataformas más grandes del mundo para el trabajo independiente. Sin embargo, la página sobre Uber en Wikipedia¹⁹ da cuenta de una resolución del tribunal de apelación laboral de Londres de noviembre de 2017 que consideró que los colaboradores son asalariados y no autónomos y, en consecuencia, tienen derecho a un salario mínimo y a descansos remunerados. La nota a la que remite esa página²⁰ destaca que Uber perdió una apelación, pero que recurriría la decisión. Es también interesante advertir sobre las gigantescas diferencias en las retribuciones a los colaboradores que refiere aquella página, que van desde los USD3.83 por kilómetro en Londres, hasta los USD0.17 en Buenos Aires²¹.

Rappi ofrece a los clientes hacer sus compras del supermercado, restaurantes, farmacias y otros establecimientos y llevar los productos a sus casas, siempre a través de sus colaboradores, a quienes tampoco reconoce como sus trabajadores. En su página de Internet presume ser: "[...] un mercado que conecta a los usuarios que desean comprar alimentos preparados, comestibles, ropa y prácticamente cualquier cosa con contratistas independientes que puedan satisfacer esas necesidades"²².

incluso aviación urbana. En este ensayo nos concretamos a aquellas actividades que involucran directamente a grandes números de colaboradores a través de los cuales ofrecen sus servicios a los clientes.

18 <https://www.uber.com/mx/es/about/>, visitada el 13 de agosto de 2020.

19 <https://es.wikipedia.org/wiki/Uber>, visitada el 26 de agosto de 2020.

20 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/11/15/autonomos/1510731646_383788.html

21 <https://es.wikipedia.org/wiki/Uber>, visitada el 26 de agosto de 2020.

22 https://www.rappi.com/jobs/?_ga=2.155735486.405621939.15973454531665131898.1597345453, visitada el 13 de agosto de 2020.

TaskRabbit (taskrabbit.com) ofrece ayudas relacionadas con reparaciones y mantenimientos domésticos, como pintura, plomería, electricidad, carpintería, montaje de muebles, lavandería y servicios de mudanzas, entre otros. El cliente describe las tareas que requiere, elige al colaborador de entre las opciones que le da la plataforma, acuerda con él el precio y demás condiciones del trabajo, paga y deja su reseña en el sitio web.

Los anteriores son ejemplos de algunas plataformas digitales cuyo conocimiento nos permite adentrarnos en las circunstancias que envuelven la prestación de servicios por parte de los colaboradores, con la intención de determinar si entre ellos y las empresas que las operan existen relaciones laborales que merezcan la protección del derecho del trabajo. Para ello, haremos un breve repaso histórico del derecho del trabajo, solo para rescatar la esencia de nuestra disciplina y de la relación de trabajo, más allá de los elementos accidentales que pueden estar presentes en algunas relaciones –y ausentes en otras–, que acaban sirviendo como distractores de la discusión fundamental.

Algunos países han expedido normas para regular aspectos fiscales, administrativos y competenciales de las plataformas, pero, salvo pocas excepciones, no se han preocupado por definir si los trabajos ligados a ellas constituyen o no relaciones laborales, tarea que han dejado a los tribunales. Desde luego, habría que considerar los casos de Francia y España (esta última a través del Estatuto del Trabajo Autónomo) que, sin reconocer la existencia de relaciones laborales, han establecido derechos especiales para estos trabajadores.

3. La razón de ser del derecho del trabajo y la esencia de la relación laboral

De acuerdo con Braudel, del siglo XV al XVIII convivió una economía elemental de autoconsumo, prácticamente anárquica, formada básicamente por campesinos, con una economía de mercado en un capitalismo en expansión²³. El mercado habría surgido en tiempos inmemoriales, con intercambios elementales e imperfectos que unían

23 Fernand Braudel, *La dinámica del capitalismo*, Trad. de Rafael Tusón Calatayud, Fondo de Cultura Económica, Col. Breviarios # 427, Primera edición en español, México, 1986, pp. 11 y 12.

producción y consumo, pero predominaba el autoconsumo: "Todo lo que queda fuera del mercado no tiene sino un valor de uso, mientras que todo lo que traspasa su estrecha puerta adquiere un valor de intercambio [...]"²⁴. El valor de cambio desplaza el valor de uso, confiriendo a la mercancía una plusvalía muchas veces mayor a la que le dieron el obrero y su patrón. El mercado, sin embargo, no produce bienes, sino solamente algunos servicios; es en el taller, en el trabajo a domicilio, en la hacienda y en la fábrica donde se crean las mercancías y se genera la mayor parte de los servicios, y es el trabajo subordinado, bajo la dirección del empresario, el "capitalismo industrial", como lo llama Braudel, el que los produce. Ese capitalismo necesita del derecho del trabajo para operar en paz.

El derecho del trabajo no habría tenido mucho que hacer en una "edad moderna" que conservaba características medievales en los pequeños talleres gremiales donde convivían el maestro, el oficial y el aprendiz, participando todos en el mismo trabajo con las diferencias naturales derivadas de las habilidades y las jerarquías. Había subordinación, desigualdad y abusos, pero la convivencia del maestro con sus escasos trabajadores permitía que buena parte de los conflictos se resolvieran "en familia", además de las dificultades para que se organizaran los oficiales de distintos talleres para defenderse de los abusos de sus maestros.

El derecho del trabajo surge por la necesidad de establecer reglas y principios tutelares que protejan a los trabajadores en las nuevas formas de producción a las que dio lugar la Revolución Industrial, a las que el derecho civil fue incapaz de responder con sus reglas y principios basados en la autonomía de la voluntad. Ese nuevo derecho va pasando por diferentes etapas, siempre en lucha con las ideas liberales que defienden la libertad del capital para hacer negocios, aún a expensas de los trabajadores, hasta principios del siglo XX en el que se fortalece y legitima al demostrar que es posible conducir las aspiraciones justas de los trabajadores con reglas civilizadas que permiten una convivencia pacífica con los dueños del capital. Acompaña al derecho del trabajo, en ese camino tortuoso, la seguridad social, como base de un estado de bienestar que no se acaba de consolidar. Juntos han tenido que sortear

²⁴ Ibidem, p. 24.

una prolongada crisis económica que se acerca ya al medio siglo, que ha puesto en tela de juicio sus avances, culpándolos de la inflación, la inestabilidad de las finanzas y el desempleo, sin que estos fenómenos económicos tengan alguna relación causal con el fortalecimiento de los derechos de los trabajadores.

En esta historia, una de las cuestiones que no hemos podido resolver es la esencia misma del derecho del trabajo, es decir, la definición de los alcances de su ámbito protector, para determinar qué trabajadores merecen su protección y cuáles deben quedar afuera por ser trabajadores "autónomos" o cuáles ameritan una protección parcial como "semiautónomos" o "parasubordinados". Romagnoli, por ejemplo, da por hecho que quienes no están enrolados en las relaciones laborales clásicas, pueden no requerir la misma protección y admite la existencia de distintos tipos de subordinación, de "una tipología variable de figuras negociales intermedias a la cual no pueden seguir la aplicación, inconsciente hasta el límite de la ficción, del standard protector más elevado, sino la selección de la disciplina más congruente [...]"²⁵. Bajo esa idea habría que hablar de los derechos del trabajo, al menos de la clásica dicotomía entre el derecho del trabajo subordinado y el derecho del trabajo autónomo. Pero quizás no sea necesario; podrían bastar algunas reglas especiales, dentro de un mismo derecho de todos los trabajadores, para atender las diferencias que lo ameriten, siempre dentro del amplio paraguas que proporcionan sus principios generales.

Nuevas formas de trabajar han surgido o se han consolidado. El teletrabajo, por ejemplo, ha dejado de ser una manera más o menos excepcional para convertirse en algo habitual. La subordinación no requiere del contacto físico entre el trabajador y su empleador, de hecho, nunca lo requirió, pues bastó siempre el poder de emplear o no emplear, el de pagar o no pagar. Lo que ocurre es que en el modelo surgido de la Revolución Industrial y sus adaptaciones tayloristas, fordistas y aún de algunas posfordistas, la proximidad era la condición habitual y así los laboristas confundimos la subordinación con la cohabitación.

25 Umberto Romagnoli, *Reflexiones sobre el derecho del trabajo y la flexibilidad*, compilación de Martín Carrillo y Leopoldo Gamarra, Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Lima, 1994, pp. 29 y 30.

La informalidad, el trabajo autónomo y la tercerización son también formas modernas de trabajar, no porque no hayan existido antes, sino porque han sentado ahora sus reales al margen de la formalidad, la dependencia y la contratación directa. Son modos de burlarse del derecho del trabajo y de la seguridad social. El problema mayor con el trabajo informal y el trabajo autónomo –que muchas veces es también informal– es que, como lo advierte Goldin, ya no se trata de debilitar la protección a los trabajadores, sino de "la lisa y llana supresión de la condición de trabajador protegido [del] trayecto más directo hacia la situación de "protección cero" [...]"²⁶.

Raso culpa al derecho del trabajo de haber cometido un pecado grave de soberbia cuando eligió tutelar solamente el trabajo subordinado²⁷. En realidad, la culpa no es del derecho del trabajo, sino de quienes siguen confundiendo la esencia de la subordinación o la dependencia con sus elementos accidentales. Autonomía no significa trabajar sin horario, lugar de trabajo ni salario fijo, sin las instrucciones del jefe o la jodida presencia del capataz. No se es autónomo por ser capaz de tomar ciertas decisiones, capacidad, por cierto, que está siempre acotada por la necesidad. Es autónomo quien no depende de nadie más para decidir qué trabajo va a realizar y cómo lo va a ejecutar; quien le pone precio y dispone lo que obtiene a cambio. Ser autónomo es la condición particular del trabajador en la que no media nada ni nadie entre él y el consumidor, donde acude al mercado sin ningún intermediario. Confundir lo accidental con lo esencial, eso sí es un pecado grave tratándose del derecho del trabajo. No se puede descartar una relación de trabajo por no haber un horario fijo, un lugar de trabajo, la presencia de un jefe o algún otro de los clásicos síntomas asociados a la relación. Por ello, nuestra definición de la relación de trabajo prescinde de los elementos de la ajenidad, la subordinación o la dependencia, para concretarse en la prestación de un servicio personal remunerado.

En el peor de los extremos parece ubicarse el trabajo en las plataformas digitales, que es trabajo a domicilio y a distancia, a las mayores distancias; que es trabajo informal y tercerizado en el que difícilmente se conoce

26 Adrián O. Goldin, "El derecho del trabajo, hoy. Tendencias y desafíos", en Lucas Caparrós y Héctor O. García (coordinadores), *El trabajo en la economía de plataformas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 18.

27 Ob. cit., p. 19.

a los beneficiarios; que es una actividad en la que la demanda supera por mucho a la oferta, lo que permite pagar los salarios más bajos; que comúnmente rebasa los límites de las fronteras tanto las físicas como las legales, lo que facilita no respetar los derechos laborales ni los de la seguridad social; que presume abiertamente que los trabajadores no lo son y que se puede prescindir de ellos en cualquier momento sin ningún problema; que se reserva el derecho de evaluar unilateralmente al trabajador y hasta de no pagarle. Se alega, a cambio, que el trabajador es libre de tomar o no tomar el trabajo, pero nada se dice de la libertad de morir de hambre.

El derecho del trabajo no surgió tanto como un derecho protector de los asalariados –que desde luego lo es–, sino como un derecho equilibrador de los intereses del capital y el trabajo, un instrumento pacífico para resolver los conflictos laborales. Perder su función de contrapeso y armonización es el mayor riesgo que se corre al abandonar a su suerte a un número cada vez mayor de trabajadores por la simplista razón de que no embonan en los anacrónicos criterios con los que se quiere definir la relación laboral.

La doctrina iuscivilista expuso diversas teorías para explicar la naturaleza contractual de las relaciones de trabajo, pero con el tiempo predominaron las teorías no contractualistas cuyo eje central fue el rechazo a la autonomía de la voluntad como norma fundamental de las relaciones laborales. No podía abandonarse al trabajador a la voluntad del patrón que fijaba libremente los términos y condiciones de la relación, desde la jornada y el salario hasta la terminación, tal como ocurre hoy con las plataformas digitales. Restaba, sin embargo, determinar quiénes merecerían la protección del derecho del trabajo, lo que había que hacer mediante la definición de la relación laboral.

La Ley Federal del Trabajo mexicana (LFT) es un buen ejemplo de la corriente que se inclina por encontrar en la subordinación el elemento esencial de la relación de trabajo que define como "la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario". En este orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que es la subordinación, entendida como el poder de

mando del patrón y el correlativo deber de obediencia del trabajador, el elemento que la distingue de otras prestaciones personales de servicios.

La doctrina de la ajenidad se origina en España, cuya Ley del Estatuto de los Trabajadores entiende que hay relaciones de trabajo con "los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". A partir de ello, Alonso García dice que la capacidad del trabajador de organizar su propio trabajo sin formar parte de la organización laboral del acreedor y la asunción del riesgo son los dos elementos que distinguen el trabajo autónomo del trabajo por cuenta ajena²⁸. Estas ideas, sin embargo, no concuerdan con las formas actuales de producción que con frecuencia incluyen la obligación de entregar un producto que debe cumplir con las condiciones fijadas por el empleador, sin que el trabajador esté sometido a una supervisión directa, dado que cada vez más se obliga la empresa a pagar por el producto y no por la actividad, lo que es típico de las plataformas digitales.

Ya sea que se inscriba en la corriente de la subordinación o en la de la ajenidad, la doctrina mayoritaria se ha decantado por una interpretación restringida de la relación de trabajo que deja fuera de su ámbito servicios personales en los que la subordinación o la ajenidad no se muestran abiertamente, no al menos en la forma tradicional.

Muchos laboristas siguen entendiendo la subordinación en un sentido sumamente restringido del poder de mando del empleador y el deber de obediencia del trabajador, como si no pudiera darse fuera del ámbito concreto de las instrucciones sobre el trabajo. La subordinación es mucho más que eso, es una forma de dominación y buena parte de esas formas se da en las relaciones de producción. El poder es, simple y sencillamente, "la posibilidad de imponer la voluntad propia sobre la conducta ajena"²⁹.

28 Manuel Alonso García, *Curso de derecho del trabajo*, Librería Bosch, Barcelona, 1964, pp. 15, 57 y 64.

29 Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de José Medina Echavarría et al., Fondo de Cultura Económica, Sección de Obras de Sociología, segunda edición en español de la cuarta en alemán, México, 1964, p. 696.

Según Weber, la dominación desempeña un papel considerable en casi toda forma de acción comunitaria y es, a menudo, el único factor que la puede convertir en una asociación racional. La dominación no necesariamente persigue fines económicos, pero el poder económico suele ser una consecuencia deliberada y uno de sus medios principales. Independientemente de otras formas, presenta dos tipos diferentes: "Por una parte, la dominación mediante una constelación de intereses (especialmente mediante situaciones de monopolio); por otra, mediante la autoridad (poder de mando y deber de obediencia)"³⁰.

La posibilidad de imponer determinadas condiciones en la forma de trabajar, en la calidad de los servicios, en la fisonomía del producto, en el precio que va a pagar, etc., es una manera de dominación por parte de quien paga y recibe los servicios, sobre el que los produce, lo que niega el carácter supuestamente autónomo de su trabajo. Se puede discutir si se trata del mismo tipo de dominación la que se da en las relaciones de trabajo tradicionales, que es claramente una dominación autoritaria, de la que se da con los trabajadores supuestamente autónomos, que comienza siendo una dominación monopólica que permite a quien la ejerce fijar unilateralmente las condiciones del intercambio, y termina siendo autoritaria al poder determinar, también de manera unilateral, la modificación de las condiciones e incluso la finalización de la relación, sin tener que compensar por ello al sujeto dominado, como ocurre en el trabajo en las plataformas digitales.

Tampoco nos convence la idea de crear "una tercera figura a medio camino entre el contrato de trabajo y el autoempleo que pueda servir para canalizar todas aquellas relaciones que no encajan en las otras dos"³¹. Se han establecido reglas especiales para los "cuasi autónomos", los "parasubordinados" o los autónomos económicamente dependientes, obviamente con una protección menor que la que corresponde a los trabajadores "clásicos", pero si el derecho del trabajo no hace otra cosa que establecer derechos mínimos con los que se pretende garantizar una vida digna, cualquier legislación intermedia tendría que fijar derechos menores que naturalmente se alejarían de esa meta.

30 Ídem.

31 María Luz Rodríguez Fernández, "¿Trabajadores o freelancers? La controvertida naturaleza de las relaciones de trabajo en la *platform economy*", en: *e-revista Tripalium. Justicia Social y Trabajo Decente*, vol. I, núm. 1-2019, Montevideo, 2019, p. 37.

El Estatuto del Trabajo Autónomo español define a los autónomos como las personas físicas que realizan "de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", sea que esa actividad se realice a tiempo completo o a tiempo parcial. En realidad, ni la habitualidad de la actividad ni la duración de la jornada pueden alterar la naturaleza de la relación y el que un trabajador ocupe a otros trabajadores da lugar a dos posibles supuestos, que se trate de un empresario, titular de su propia unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios, o de un trabajador subordinado que contrata a otros, en cuyo caso su empleador lo será también de aquellos (así, al menos, en el artículo 10 de la LFT).

Finalmente, el hecho de que sea "fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona" significa, lisa y llanamente, que no hay subordinación y, en consecuencia, que no hay relación de trabajo (entendida la subordinación en sentido amplio).

No encontramos, pues, una distinción que ilumine el camino en la búsqueda de una relación intermedia entre la relación laboral y la prestación de servicios profesionales o alguna equivalente ni alguna razón filosófica que sustente ese criterio.

En tiempos más recientes se ha desarrollado una teoría que vale considerar como una evolución de la corriente de la ajenidad, para incorporar al mercado en la ecuación. La idea central consiste en entender que el trabajo autónomo supone que quien trabaja lo hace libremente y así mismo coloca en el mercado el producto de su trabajo, a disposición del mejor postor. Según Alarcón Caracuel, por primera vez se produce para un mercado anónimo en el que el intermediario –el empleador– conecta al productor con el consumidor. Afirma que todos trabajamos para el mercado, pero solo en una parte de ese trabajo se produce el fenómeno de la "ajenidad en el mercado", esto es, que entre el trabajador y el consumidor se interpone un extraño que cobra el precio del bien o del servicio, paga al trabajador un salario y procura obtener un beneficio. Distingue entre la mera alteridad, que supone trabajar para otro, que es

una condición normal, y el trabajar por cuenta ajena, lo que solo ocurre "en el marco de un contrato de trabajo"³². Para Serrano Olivares, "la nota de la dependencia o subordinación pierde su tradicional consideración de elemento definitorio clave del contrato de trabajo a favor de la ajenidad en el mercado [...]"³³.

Todolí adopta la teoría de la ajenidad en el mercado al concebir al trabajador autónomo como alguien que tiene su propia organización, que es independiente para decidir cómo prestar sus servicios, que goza de la libertad necesaria para aceptar o rechazar los encargos, que aporta sus medios de producción y, lo que para nosotros es lo más importante, que no cede anticipadamente el fruto de sus servicios y se atiene al resultado del negocio. Se contradice, sin embargo, cuando plantea que este trabajador autónomo ofrece "su trabajo a uno o varios empresarios [...]"³⁴, pues serían ellos quienes llevarían el producto al mercado y no el trabajador.

La teoría es atractiva. Según ella, merece la protección del derecho del trabajo quien cede a otro el poder de llevar al mercado el producto de su trabajo para convertir su valor de uso en valor de cambio, lo que coincide en buena medida con nuestra propuesta de que solo se consideren autónomos quienes producen para el autoconsumo (fuera del mercado) y los que tratan directamente con sus clientes (en un mercado sin intermediarios).

Es, no obstante, una conclusión preliminar que vale para la inmensa mayoría de los casos, pero deja fuera relaciones laborales que el derecho del trabajo suele asumir como tales, en las que el empleador es el propio consumidor y, en consecuencia, el valor que el trabajador aporta no llega al mercado, como ocurre con el servicio doméstico y otros similares, en los que satisface directamente una necesidad personal o familiar del empleador. Para Alarcón Caracuel en todos estos supuestos

32 Ob. cit., numerales 2.1. y 2.2.

33 Raquel Serrano Olivares, "Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa –o mejor, economía digital a demanda–, trabajo 3.0 y laboralidad", en Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (directores), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 48.

34 Adrián Todolí Signes, "El trabajador en la "Uber economy": ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario", en *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 25/2016, ed. Wolters Kluwer, enero de 2017, p. 6.

hay alteridad, pero no ajenidad; lo que hace del servicio doméstico una relación de trabajo es su inclusión, *a fortiori*, en la legislación laboral³⁵, aseveración que nos parece demasiado forzada.

No vemos una razón válida para no admitir que las relaciones de trabajo conllevan la prestación de un servicio personal a cambio de una remuneración, más allá de que el beneficio de la contraparte se concrete con el servicio prestado directamente al empleador (en una relación de dos: el trabajador y el empleador) o que le permita llevarlo al mercado con la finalidad de obtener una ganancia económica (en una relación de tres: el trabajador, el empleador y el cliente). La teoría de la ajenidad en el mercado es muy útil para identificar una relación de trabajo en la cual se pretende que existe un trabajo autónomo, pero no sirve para descartar la existencia de una relación laboral donde es evidente que hay un trabajo personal, subordinado, dependiente y por cuenta ajena.

Tampoco coincidimos en que todas las relaciones laborales se caracterizan, además de por la ajenidad en el mercado, por la ajenidad en la titularidad de los medios de producción³⁶, no al menos de la totalidad de estos medios, toda vez que en algunas ocasiones el trabajador pone sus propias herramientas (desde un desarmador hasta un tractocamión), a veces también la energía eléctrica y, quizás, alguna materia prima (en el trabajo a domicilio, por ejemplo). Esto adquiere especial importancia en las plataformas digitales tanto las que utilizan aplicaciones móviles con geolocalización, que requieren que sus colaboradores proporcionen los medios de transporte y teléfonos celulares, como las de microtarefas donde los trabajadores usan sus propias computadoras y teléfonos móviles. Es cierto que las empresas siguen proporcionando los medios más importantes, pero es peligroso hacer depender la existencia de la relación de trabajo de la ajenidad en la titularidad de los medios de producción.

4. El trabajo en las plataformas digitales

Una de las características del trabajo en las plataformas digitales es la falta de los típicos elementos accidentales de las relaciones de trabajo heredadas del modo de producción de la Revolución Industrial, que

35 Ob. cit., numeral 2.4.3.

36 Ibidem, numeral 2.3.1.

parece estar en vías de extinción o, cuando menos, en tránsito hacia un plano cada vez menos relevante en relación con el número total de trabajadores. Los trabajadores a domicilio, los trabajadores a distancia, los vendedores a comisión, los *freelancers* y otros más no suelen tener horarios de trabajo, jornadas previamente fijadas ni lugares específicos donde laborar; tampoco es habitual que tengan un salario fijo, que se les asigne un puesto y una categoría, que reciban instrucciones sobre la forma de trabajar ni que lo hagan bajo la supervisión directa de un jefe inmediato. Por lo general, no hay controles de asistencia, de los tiempos trabajados ni de los tiempos libres, de los días de descanso ni de las vacaciones, ni tienen que presentarse a las siete de la mañana, portar la identificación y el uniforme de la empresa, pasar por el reloj registrador, acudir al almacén para recoger sus herramientas ni ubicarse frente a la máquina o sentarse en el escritorio donde van a pasar las siguientes ocho horas. El control lo ejerce el empleador a través del cumplimiento de las tareas asignadas o mediante la información que le proporciona una computadora que acaba siendo el inspector más eficaz. En estas circunstancias no es tan evidente su pertenencia a la organización empresarial, pero no cabe duda de que son parte de ella, simple y sencillamente porque esa es la forma en que hoy produce sus bienes y servicios.

La Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo (2006) advierte en su Preámbulo sobre las dificultades para determinar su existencia "cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación" y ofrece una serie de indicadores que sugieren que se trata de trabajadores asalariados por ser partes integrantes de la organización de una empresa; porque su trabajo beneficia a otra persona; porque se ejecuta en un horario y un lugar determinados; porque tiene cierta duración y continuidad; porque implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de quien requiere el trabajo; porque recibe una remuneración periódica que constituye la única o principal fuente de ingresos del trabajador; porque recibe algunas prestaciones en especie, goza del descanso semanal, tiene vacaciones anuales, etc. (art. 13). Es un monumento a los elementos accidentales que no siempre están presentes y cada vez son menos frecuentes en las relaciones laborales.

No es que la Recomendación 198 sea mala, es que llegó 25 años tarde. Ninguno de aquellos elementos es suficiente, por sí solo, para diferenciar a un subordinado de un autónomo. Como lo ha señalado Alexander Godínez, tales indicios "no se aplican a manera de un *check list*, con una puntuación asignada que se acumula en tanto más factores se identifiquen. Las variables "están entrelazadas y su peso depende a menudo de combinaciones particulares" y no hay una que sea determinante [...]"³⁷.

En una sentencia del 3 de junio de 2020, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo del Primer Turno en Montevideo resolvió que los choferes de Uber son trabajadores dependientes (CED-0012-000249/2020) para lo cual tomó como apoyo principal la Recomendación 198 por ser "el marco teórico aplicable en Uruguay" (apartado 4.4.2.2.). Independientemente de otras consideraciones, la base para llegar a sus conclusiones fue el contrato celebrado entre el demandante y la empresa del que destaca la imposibilidad del conductor para negociar o incidir en su contenido; el hecho de que la tecnología de la empresa, junto con la clave de identificación y la contraseña, es lo que permite localizar al pasajero, recibir el pedido y ejecutarlo; el control de la plataforma sobre la distribución de los viajes; el pago directo a Uber, etc. (apartado 4.4.1.).

Se trata, precisamente, de elementos accidentales de los que se infiere la subordinación o dependencia y la ajenidad del trabajo y por tanto es correcta esa parte de la sentencia, aunque no aporta nuevos argumentos al debate, si bien hay en ella algunos aspectos que interesa destacar como la aseveración de que un conflicto sobre el trabajo de una persona debe ser juzgado desde la perspectiva de los derechos humanos, de la que destaca su irrenunciabilidad (argumento que utiliza en el apartado 4.1. para anular la cláusula arbitral que aparece en el contrato) y que todo trabajo humano cuenta con la protección constitucional, sin importar que constituya o no una relación laboral. Reconoce, además, que en el ordenamiento uruguayo no hay una frontera entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo (apartado 4.4.2.2.).

37 Ob. cit., p. 40.

No coincidimos, sin embargo, con dos de sus conclusiones. Dice, por un lado, que, si se detectan uno o varios de los indicadores de la Recomendación 198, hay que admitir la existencia de la relación de trabajo "aún sin la subordinación en su concepto clásico" (apartado 4.4.2.2.). Habría que ver qué considera el Tribunal como concepto clásico de la subordinación, pero, en definitiva, lo que se desprende de los indicadores es precisamente la existencia de la subordinación. Señala, por el otro, que lo que caracteriza al trabajo autónomo es la libertad para realizar la tarea "sin perjuicio de que el comitente controle el resultado" (apartado 4.4.4.3.), lo que para nosotros constituye el elemento más importante de la subordinación.

La presencia de los indicadores que refiere la Recomendación 198 refuerza la presunción sobre la existencia de la relación de trabajo, pero su ausencia no la desvirtúa. El trabajo a domicilio, que durante mucho tiempo se consideró un trabajo autónomo, precisamente por prescindir de esas características, hoy se le reconoce como una forma habitual en la que muchos trabajadores prestan sus servicios en forma subordinada y por cuenta ajena. El problema es que con buenas posibilidades de éxito se suele invocar su ausencia como prueba de la inexistencia de las relaciones laborales.

Los siguientes datos, que tomamos del Resumen Ejecutivo del estudio de la OIT que citamos antes, ponen en evidencia la mala situación de los trabajadores de las plataformas de microtarefas³⁸:

- La edad promedio es de 33.2 años.
- Las tareas más frecuentes son contestar encuestas y participar en experimentos (65 %), consultar contenidos en sitios web (46 %), recopilar datos (35 %) y transcripciones (32 %).
- Los niveles de estudio son muy altos en relación con las tareas: el 37 % tiene un grado universitario y el 20 % un posgrado.
- El 32 % trabaja para complementar sus ingresos; el 22 % para trabajar en casa, y el 10 % por problemas de salud.
- En promedio trabajan 24.5 horas semanales, 18.6 remuneradas y 6.2 no remuneradas (en la búsqueda de tareas, completar pruebas, redactar opiniones, etc.).

³⁸ *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, ob. cit., pp. XVI a XIX.

- El ingreso mediano por hora, considerando tanto el trabajo remunerado como el no remunerado, es de USD2.16 contra un salario mínimo federal en los EE. UU. de USD7.25 por hora (equivalente al 30 % de ese salario mínimo).
- Los colaboradores en América del Norte obtienen un promedio de USD4.70 por hora, los de Europa y Asia Central USD3.00 por hora, los de Asia Pacífico USD2.22 por hora y los de África USD1.33 por hora.
- El 56 % ha trabajado en las plataformas por más de un año y el 29 % por más de tres.
- Para el 32 % es su fuente principal de ingresos.
- El 51 % ha trabajado en una sola plataforma, el 28 % en dos y el 21 % en tres o más.
- El 41 % busca activamente empleo en otras modalidades.
- El 36 % trabaja siete días a la semana.
- El 43 % trabaja por las noches.

Estos trabajadores no tienen ninguna protección laboral, carecen de seguridad social, sufren por la insuficiencia de sus ingresos, con frecuencia se ven obligados a trabajar en horarios incómodos, muchas veces no descansan ningún día de la semana y desde luego carecen de prestaciones laborales, como vacaciones pagadas, gratificaciones anuales o pago de tiempo extraordinario, además de no poder ejercer los derechos colectivos propios de las relaciones formales de trabajo. Es particularmente doloroso advertir el abismo que existe entre su preparación y las tareas que desempeñan y no deja de ser paradójico que el director general de una de estas plataformas, que ha de recibir un salario monumental, goce de la protección del derecho del trabajo y no ocurra lo mismo con los "colaboradores" que dependen de esa relación para subsistir.

Para Goldin, el *crowdwork* "supone prestaciones que no conllevan expectativa alguna de seguridad en el puesto de trabajo, lo que parece retrotraerlas a la edad industrial desde la perspectiva del poder de los empleadores para gestionar y organizar el trabajo e incluso a la edad preindustrial en lo relativo a la inestabilidad y carácter casual (eventual) de los arreglos del trabajo [...]"³⁹.

39 Ob. cit, p. 3.

Las cosas no son mejores con quienes trabajan en las plataformas que utilizan aplicaciones móviles con geolocalización, a quienes también se les niega el carácter de trabajadores dependientes y aunque pudiera parecer que están más cerca de esa condición y por ello deben gozar de la protección del derecho del trabajo, las decisiones jurisdiccionales de las que tenemos noticia no muestran una tendencia clara en ese sentido. Rodríguez Fernández relaciona diez resoluciones de diversos tribunales dictadas entre octubre de 2016 y enero de 2019, tres de Francia, dos del Reino Unido, dos de España, una de Italia y dos de los EE. UU. Cinco de ellas resolvieron que se trata de trabajadores autónomos y las otros cinco se definieron en favor de la existencia de relaciones de trabajo. Comprenden casos de plataformas de servicios de transporte y entrega de alimentos y otras mercancías que involucran a Uber, Deliveroo, Dinamex, Foodora, Take Eat Easy y Glovo⁴⁰.

La autora recaba los argumentos utilizados por cada uno de los tribunales de los que seleccionamos los que nos parecen más relevantes⁴¹.

- Entre los que consideraron que se trata de trabajadores autónomos:
 - a) El negocio de la plataforma es la intermediación y no el servicio de transportación o entrega.
 - b) El colaborador puede libremente decidir los días de trabajo, los horarios, las rutas, rechazar pedidos y desconectarse de la plataforma.
 - c) El derecho del colaborador a hacerse sustituir por otra persona implica que no se trata de una prestación personal de servicios.
 - d) No hay exclusividad en el trabajo para una plataforma ni la obligación de no competir con ella.

- Entre los que consideraron la existencia de relaciones laborales:
 - a) El negocio de la plataforma es el servicio de transportación o entrega y no la intermediación.
 - b) El colaborador forma parte de la actividad productiva de la plataforma y presta sus servicios para ella, no para el mercado. Es la plataforma la que busca los clientes, les ofrece los servicios,

40 Ob. cit, p. 22.

41 Ibídem, pp. 23 a 32. Algunos de estos argumentos no aplican para todas las plataformas, pero el conjunto es representativo de las formas en que operan.

hace propaganda y fija los precios. El colaborador carece de una mínima organización empresarial y no puede negociar con los clientes.

- c) La pretensión de que cada colaborador es una pequeña empresa es absurda.
- d) El colaborador no puede prestar sus servicios sin la aplicación.
- e) La plataforma fija unilateralmente los términos y condiciones del contrato con el colaborador y lo obliga a utilizar sus sistemas de seguimiento y evaluación, lo que le permite controlar su trabajo en tiempo real.
- f) La plataforma puede sancionar al colaborador e inclusive desactivarlo.
- g) La plataforma es la que paga al colaborador.

Siendo clara nuestra postura en favor de la existencia de relaciones de trabajo entre las plataformas y los colaboradores, damos por buenos los argumentos que coinciden con ella y pasamos a objetar los que sostienen que se trata de trabajadores autónomos:

- a) Que el negocio de la plataforma sea la intermediación y no el servicio de transportación o entrega cae por su propio peso. Solo podría sostenerse en caso de que los colaboradores pudieran prestar sus servicios directamente a los clientes, lo que no es posible sin la aplicación que la plataforma les proporciona.
- b) Que el colaborador pueda decidir los días de trabajo, los horarios, las rutas, rechazar pedidos y hasta desconectarse de la plataforma son cuestiones que tienen que ver con elementos accidentales de las relaciones de trabajo y no con sus elementos esenciales que son el trabajo personal, la remuneración, la subordinación o dependencia y la ajenidad, todos los cuales están presentes en los trabajos en las plataformas digitales. Independientemente de ello, la necesidad de obtener un ingreso y el temor a perder el trabajo, ser mal evaluados o incluso penalizados, hace que muchos laboren jornadas larguísimas, que prescindan de sus días de descanso y vacaciones, que interrumpan sus actividades sociales e incluso que se despierten a medianoche para buscar tareas: "[...] los trabajadores de las plataformas a menudo trabajan cuando y donde los clientes los demandan. Por lo tanto, es discutible que los mercados

- digitales brinden el balance entre el trabajo y la vida personal que supuestamente proporcionan [...]”⁴².
- c) Que el colaborador pueda hacerse sustituir por otra persona no implica que no se trate de una prestación personal de servicios, sino la posibilidad de que surja otra relación laboral entre la plataforma y el sustituto. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 10 de la LFT, "si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél, lo será también de éstos".
- d) Que no haya exclusividad en el trabajo para una plataforma ni la obligación de no competir con ella tampoco son cuestiones esenciales de las relaciones de trabajo. La exclusividad y la prohibición de competir son, más bien, condiciones excepcionales, cuya validez habría que poner en tela de juicio, al menos en el caso de México, cuya Constitución dispone que a nadie se le puede impedir "que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos", que no se puede admitir un convenio en que la persona "renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio" y que el contrato de trabajo no puede dar lugar a "la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles" (art. 5°).

Uno a uno, los argumentos favorables a la existencia de relaciones laborales se imponen sobre los que se pronuncian por la autonomía de los colaboradores.

César Carballo cita una resolución de la Corte Suprema de California de 30 de abril de 2018 en la que adopta un test para determinar si un trabajador es verdaderamente autónomo, con base en tres circunstancias: a) la "ausencia de control y dirección sobre la forma y medios de ejecución del trabajo"; b) la "independencia entre la naturaleza del trabajo ejecutado y el objeto de la actividad desarrollada por el contratante", y c) la "habitualidad del prestador del servicio en la ejecución independiente de actividades productivas de la misma naturaleza que el trabajo realizado en beneficio del contratante"⁴³. La

42 Rebeca Florisson e Irene Mandl, *Digital age*, ob. cit., p. 69 (traducción propia).

43 César Augusto Carballo Mena, "Patrono y empresa. Revisita a propósito del trabajo mediante plataformas digitales", en: *e-revista Tripalium. Justicia Social y Trabajo Decente*, vol. 1, núm. 1-2019, Montevideo, 2019, p. 116.

primera expresa la inexistencia de la subordinación, en tanto que las otras dos muestran una cierta independencia económica y funcional del trabajador que, a nuestro juicio, podría generar una presunción de autonomía que resultaría insuficiente, por sí sola, para desvirtuar la existencia de la relación laboral.

En un artículo publicado el 14 de agosto de 2020 en *The New York Times*⁴⁴, Dara Khosrowshahi, director ejecutivo de Uber, admite que su sistema es injusto, pero rechaza que su intención sea evitar los costos laborales. No obstante, alega que tratar a los colaboradores como empleados encarecería los viajes y reduciría su número y el de las ciudades atendidas (argumentos inútiles para desvirtuar la existencia de relaciones de trabajo) y propone crearles una nueva categoría legal que incluya "fondos de prestaciones" cuyo destino determinarían ellos para contratar un seguro de gastos médicos, tener vacaciones pagadas, etc. En resumidas cuentas, lo que propone no es sino un aumento en los ingresos, manteniendo la idea de que la mayor libertad al trabajar justifica menos prestaciones.

Carballo pone énfasis en el objeto de las plataformas digitales para distinguir si realmente se trata de empresas tecnológicas que comercian con una aplicación o programa de *software* o si su objeto real es otro –como el transporte de personas en el caso de Uber– y concluye que "una empresa de transporte de personas o entrega de bienes implica necesariamente conductores, repartidores o transportistas y, por tanto, quien organice dicha actividad deberá reputarse, como antes se dijo, *prima facie* y salvo robusta prueba en contrario, patrono de aquellos"⁴⁵. Se apoya, entre otros elementos, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, que destaca que la aplicación que proporciona la empresa es indispensable para que los conductores presten el servicio de transporte y los clientes recurran a ellos, además de que la "influencia decisiva" que ejerce Uber sobre las condiciones de las prestaciones, por lo cual "debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es un *servicio de transporte* [...]"⁴⁶. Bajo estas

44 <https://www.nytimes.com/es/2020/08/14/espanol/opinion/ceo-uber-trabajadores.html?auth=linked-google1tap&smid=em-share>

45 Ob. cit., p. 111.

46 *Ibidem*, pp. 110 y 111.

consideraciones, la tecnología no es sino un instrumento del que se vale la empresa para prestar los servicios de transporte y no el negocio mismo. De otra forma –concluye Carballo– si se calificara a cualquiera de estas empresas como una "compañía tecnológica" y no como una empresa de transporte o de entrega de bienes "se estaría apuntalando a *priori* el carácter autónomo del trabajo ejecutado por conductores, repartidores o transportistas quienes, bajo esta hipótesis, utilizarían facilidades tecnológicas ajenas en provecho propio"⁴⁷.

La propuesta de Carballo es interesante, pero no nos parece que el giro u objeto social de una empresa deba servir, ni siquiera como indicio, para definir las relaciones de trabajo, pues como el propio autor lo señala, hay que atender al principio de primacía de la realidad y en ese sentido, decir que Uber es una empresa de tecnología o una empresa de transporte, en nada cambia las cosas. Si fuese el caso de una compañía que diseña una aplicación y la pone a disposición de un cliente, pero sin participar en el negocio, no tendría por qué ser responsable de las obligaciones surgidas con los trabajadores ni con los del cliente ni con los de algún tercero que pudiera utilizar la misma aplicación, pero como bien apunta Carballo, la actividad de Uber no se refiere tanto al diseño de la aplicación como a su operación, donde funge como empleador.

Godínez destaca el hecho de que el diseño de las aplicaciones impide que el cliente consolide una relación con quien le presta los servicios, haciéndolo prácticamente invisible⁴⁸. En efecto, salvo excepciones que eventualmente podrían escapar al control de la plataforma –lo que normalmente supondría la violación del contrato–, el cliente no puede contactar al colaborador.

Habría que agregar a las malas condiciones de los colaboradores de las plataformas digitales las grandes dificultades para ejercer alguna actividad sindical por el muy escaso contacto entre ellos, la falta de un lugar común de trabajo y ciertas peculiaridades de algunos ordenamientos nacionales que establecen reglas distintas para el trabajo dependiente o subordinado y el trabajo autónomo económicamente dependiente⁴⁹.

47 *Ibidem*, pp. 111 y 112.

48 *Ob. cit.*, pp. 35 y 36.

49 Francisco Andrés Valle Muñoz analiza este problema específico de las plataformas digitales en el contexto español y propone un replanteamiento de las normas del derecho colectivo y de las

Existen algunas asociaciones de trabajadores de las plataformas digitales, quienes han contado además con el apoyo de algunos sindicatos. Godínez menciona diversas acciones colectivas –movimientos de protesta, gestiones solidarias y huelgas– que constituyen precedentes importantes en los que se ha logrado mejorar las condiciones laborales en el Reino Unido, Alemania, España, Austria, Suecia, Dinamarca y Argentina⁵⁰.

5. Concluyendo

Son estimables los esfuerzos que se han llevado a cabo para proteger a los trabajadores de las plataformas digitales, ya sea que se les apliquen reglas que, aunque no se animan a abandonar el anacrónico principio de la autonomía de la voluntad, al menos reconocen la necesidad de establecer derechos y condiciones mínimas y su inclusión en la seguridad social, como ocurre con el Estatuto del Trabajo Autónomo en España, con la Agenda Europea para la Economía Colaborativa de 2017 y con la Declaración de Frankfurt de 2016 de la Confederación Europea de Sindicatos. Es particularmente interesante el caso de Francia, el cual, entre 2014 y 2016, introdujo reglas en sus leyes de trabajo y seguridad social que, sin admitir que se trata de trabajadores subordinados, les confiere un estatus especial que obliga a la plataforma a pagar un seguro sobre riesgos de trabajo, permitir que los trabajadores se adhieran a un seguro colectivo contratado por la propia empresa y contribuir a su formación profesional, además de reconocer su derecho a formar sindicatos y suspender sus labores como medio de presión, sin que por ello deban ser sancionados o se ponga en riesgo su contratación⁵¹. Es interesante, aunque también contradictorio, que en las leyes del trabajo se regulen relaciones que supuestamente no son laborales.

No obstante, estas medidas seguirán siendo insuficientes por una razón muy sencilla que ya hemos esgrimido: si la protección del derecho del trabajo se queda corta para garantizar al trabajador una vida digna,

estrategias sindicales para utilizar la misma tecnología en el ejercicio de los derechos colectivos: "El difícil ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (ADAPT), vol. 8, núm. 2, abril-junio de 2020, © 2017 ADAPT University Press.

50 Ob. cit., pp. 45-47.

51 Alexander Godínez Vargas, ob. cit., pp. 44 y 45. El autor menciona estos instrumentos y otros que se han creado con ese propósito.

en condiciones tales que le generen una sensación de confort con la que pueda estar razonablemente satisfecho, con mayor razón no se alcanzará esa situación si las medidas de protección quedan por debajo de aquellos derechos mínimos, que son parte importantísima de los derechos humanos y, por ello, universales, integrales e irrenunciables.

Por la misma razón, insistimos en que no convence la idea de crear diferentes categorías con distintos ámbitos de protección, no al menos si esa diferenciación supone reducir los derechos mínimos que hoy fija el derecho del trabajo. En todo caso, habría que contemplar condiciones particulares que cumplan con esos mínimos, como ocurre en México con algunos trabajos especiales (las tripulaciones aeronáuticas, los agentes de comercio, los deportistas profesionales y los trabajadores a distancia), cuidando siempre el criterio de proporcionalidad y justicia social⁵². Son algunos instrumentos del derecho del trabajo y no sus principios generales lo que habría que cambiar. Admitir la reducción de derechos por temor a que esos trabajos acaben en la informalidad es tanto como tolerar ciertos ámbitos de criminalidad por los altos costos que supone combatirla; es, a fin de cuentas, renunciar al estado de derecho, porque la informalidad no es otra cosa que ilegalidad.

Los argumentos que se esgrimen para determinar si el trabajo en una plataforma digital es un trabajo autónomo o uno por cuenta ajena serán siempre insuficientes, por lo que tendremos que acostumbrarnos a las sentencias contradictorias y la consecuente inseguridad jurídica, al menos mientras se siga sosteniendo que hay trabajadores autónomos, aunque no tengan ningún control sobre el destino de su trabajo. El problema no es tanto encontrar a los "falsos autónomos" sino que casi no existen los verdaderos autónomos.

Algo que no ha cambiado gran cosa desde la Revolución Industrial hasta nuestros días es que la mejoría en las condiciones de los trabajadores no será una graciosa concesión de los empresarios ni de los gobiernos. Tendrán que ser los propios colaboradores de las plataformas digitales los que logren –a veces por vías pacíficas y en ocasiones por otras que no lo serán tanto– que se les considere trabajadores subordinados

52 Todolí entiende que es esta la opción más apropiada para una intervención legislativa y propone diversas medidas que podrían formar parte de esa regulación especial, ob. cit, pp. 11 y 12.

o dependientes y se les reconozcan los derechos que en justicia les corresponden. Paradójicamente son otras plataformas digitales, las famosas redes sociales, su mejor instrumento de enlace para enfrentar a sus empleadores. Ya vendrá después el turno de nuestro conservador derecho del trabajo para llevar a la ley lo que puedan ellos conseguir.

Trabalho dos imigrantes

Yone Frediani

TRABALHO DOS IMIGRANTES

Yone Frediani*

Sumário: 1. Introdução. 2. A Organização Internacional do Trabalho e a migração de trabalhadores. 2.1. Trabalhador migrante. 2.2. Trabalhador fronteiriço. 3. Aspectos gerais da Lei 13.445/2017. 3.1. Reflexos da Lei 13.445/2017 no mercado de trabalho. 3.2. Cooperação Internacional Brasil – Haiti. 3.3. Mercado de trabalho e haitianos. 4. Nacionalização do trabalho. 5. Imigrantes bolivianos, venezuelanos e cubanos no mercado de trabalho brasileiro. 5.1. Imigrantes bolivianos. 5.2. Imigrantes venezuelanos. 5.3 Imigrantes cubanos. 6. Finalização. 7. O ordenamento venezuelano e o trabalho de imigrantes. 7.1. Informações preliminares. 7.2. Aspectos gerais da legislação. 7.3. Acesso à justiça no ordenamento venezuelano e o direito aplicável. 8. O ordenamento chileno e o trabalho de imigrantes. 8.1. Noções preliminares. 8.2. Legislação migratória. 8.3. Sistema Universal. 8.4. Estrutura Institucional. 8.5 Organizações de imigrantes e a sociedade civil. Participação de imigrantes no âmbito político. 9. O ordenamento argentino. 9.1. Introdução. 9.2. Imigração laboral e marco normativo. 9.3. Estrutura institucional e as políticas de imigração e emigração. 9.4. A política migratória, as organizações dos imigrantes e a sociedade civil. 9.5. A imigração irregular e a inserção laboral dos migrantes na Argentina. 10. Conclusões.

1. Introdução

Somente a partir da 2ª Guerra Mundial é que o fluxo migratório entre países passou a ser atentamente considerado no cenário internacional. A criação da ONU em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos

* Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do Núcleo de Pesquisa em Justiça e Governança e coordenador do grupo de pesquisa em direitos humanos do mesmo. Vice-presidente da Associação Portuguesa de Direito do Trabalho.

Humanos em 1948, elegeram um conjunto de valores universais que passou a orientar as legislações dos Estados e suas políticas públicas e que mais tarde foram inseridas em tratados e convenções internacionais, envolvendo, também o imigrante.

Diante das constantes alterações motivadas pela fixação de empresas em locais que ofereçam condições econômicas favoráveis para a produção e/ou prestação de serviços, é que a migração de trabalhadores passou a ser considerada um fenômeno dinâmico que se acentuou sensivelmente a partir da globalização, gerando seus reflexos nas áreas do Direito do Trabalho e Previdenciário.

Se por um lado pode ser considerado natural um governo proteger seu mercado de trabalho mediante a regulamentação da imigração, a imposição de exigências de visto, de permissão de trabalho e a proibição do trabalho de estrangeiros clandestinos, a mobilidade internacional de trabalhadores constitui, por outro lado, uma importante fonte de receita para Estados pobres que impulsionam sua economia com a remessa de parte do ganho de seus cidadãos no estrangeiro para os respectivos familiares que permaneceram no país de origem.

Também é preciso ter em mente, no que diz respeito ao aspecto econômico que parcela expressiva dos trabalhadores imigrantes que chega aos países desenvolvidos dedicam-se a atividades como agricultura, construção e hotelaria, as quais são consideradas pelos nacionais desses países atividades precárias, penosas e mal pagas. Sob esse prisma, os trabalhadores migrantes não concorrem com os nacionais dos países de destino porque, na verdade, preenchem espaços não ocupados por nacionais e que sem a presença do migrante restariam desocupados.

Aspectos ligados à discriminação contra o migrante estão, normalmente, relacionadas a preconceitos raciais e religiosos, sendo importante lembrar que além destes aspectos, encontram-se os mesmos em situação de vulnerabilidade pelo simples fato de estarem em país alheio, enfrentando dificuldades de comunicação e acolhida, posto que nem todos têm conhecimento mínimo do idioma do país de destino.

Por tais motivos é que migrantes de qualquer nacionalidade e sem escolaridade mínima, constituem alvo fácil na exploração de mão de obra, sendo, muitas vezes, submetidos a condições de trabalho absolutamente degradantes e indignas, denominadas como as modernas formas de escravidão.

A experiência da União Europeia é exemplo da igualdade de tratamento entre trabalhadores nacionais de quaisquer dos países integrantes do bloco porque não existem obstáculos na circulação interna de trabalhadores, podendo haver a fixação de residência e execução de trabalho no país de sua escolha com todos os direitos trabalhistas e previdenciários garantidos como se estivessem no país de origem.

No âmbito no Mercosul inexistem, até o momento, as garantias de livre circulação plena de trabalhadores à semelhança do que ocorre na União Europeia e que vem sendo construída há mais de 50 anos.

O Mercosul, criado em 1991 pelo Tratado de Assunção, teve como integrantes Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com objetivo de estabelecer integração, inicialmente econômica, configurada atualmente, em união aduaneira, na qual há livre comércio intrazonas e política comercial comum entre os países-membros. Recentemente, ingressaram no Mercosul a Bolívia e a Venezuela, encontrando-se a última suspensa desde 12/2016; seus idiomas oficiais são o espanhol e o português.

No âmbito do Mercosul, os interessados na mobilidade entre os diversos países do bloco, poderão encontrar informações gerais reunidas na Cartilha da Cidadania que fornece elementos para que as pessoas possam residir, viajar, estudar, comercializar e trabalhar, bastando, para tanto, consultar www.mercosur.int.

A estrutura institucional básica do Mercosul encontra-se formada pela seguinte forma:

- a) Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão supremo cuja função é a condução política do processo de integração, integrado pelos Ministros de Relações Exteriores e da Economia dos Estados-partes;

- b) Grupo Mercado Comum (GMC), órgão decisório executivo, responsável pela fixação de programas de trabalho e negociação de acordos com terceiros em nome do MERCOSUL, por delegação expressa do CMC;
- c) Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), órgão decisório técnico, responsável por apoiar o GMC no que respeita à política comercial do bloco.

O Mercosul, possui, ainda, órgãos consultivos, a saber:

- a) Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), órgão de representação parlamentar, integrada por até 64 parlamentares, sendo 16 de cada Estado Parte. A CPC tem caráter consultivo, deliberativo e de formulação de Declarações, Disposições e Recomendações. O Parlamento do Mercosul foi constituído no dia 6 de dezembro de 2006, em substituição à Comissão Parlamentar Conjunta;
- b) Foro Consultivo Econômico Social (FCES), órgão consultivo que representa os setores da economia e da sociedade e se manifesta por Recomendações ao GMC.
- c) Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul (CRPM), órgão permanente do CMC, integrado por representantes de cada Estado Parte e presidida por uma personalidade política destacada de um dos países parte. Sua função principal é apresentar iniciativas ao CMC sobre temas relativos ao processo de integração, negociações externas e conformação do Mercado Comum.

Dando apoio técnico a essa estrutura institucional, o Mercosul conta com a Secretaria do Mercosul (SM), de caráter permanente, sediada em Montevidéu, Uruguai.

Apresentadas em linhas gerais e sintéticas a estrutura do Mercosul, destacam-se como elementos de integração social a Declaração Sociolaboral do Mercosul (1988), estabelecendo a igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidos aos nacionais e o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional (1996), objetivando a facilitação de atos processuais entre seus signatários e a facilitação ao acesso à prestação jurisdicional, além de inúmeros outros protocolos firmados sobre os mais diversos temas.

Regra geral, as restrições impostas à imigração generalizada são válidas sob a perspectiva da preservação do mercado de trabalho; portanto, são importantes sob o aspecto de responsabilidade do governo para com o povo. Porém, uma vez que o imigrante cruza a fronteira e aqui se estabelece, ainda que sem realizar os procedimentos legais, essa irregularidade administrativa não pode operar efeitos que neguem aos imigrantes os direitos fundamentais, sob pena de ferir os princípios da igualdade e da não discriminação. A perspectiva da regularização deve valer mais do que a deportação, mormente em se sabendo que, pelo menos no âmbito do Mercosul expandido, a liberdade de circulação e estabelecimento é direito adquirido (acordo de residência DEC. 6975/2009)¹.

2. A organização internacional do trabalho e a migração de trabalhadores

A atual mobilidade de capitais e de investimentos tem acarretado movimentos migratórios de trabalhadores em busca de melhores condições de vida e trabalho, motivo pelo qual deixam seu país de origem, elegendo outro de destino com esse objetivo. Embora não exista uma teoria geral sobre migrações ou regras gerais aplicáveis no plano global, a OIT vem recomendando parâmetros que constituam garantia de que sejam concedidas ao trabalhador imigrante condições de vida digna.

A primeira norma internacional a tratar do tema envolvendo preocupação com o migrante, foi a Convenção n° 19 da OIT de 1925, dedicada especificamente à igualdade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidentes no trabalho. Estabeleceu, também, regras gerais quanto ao atendimento aos acidentes ocorridos no território do país signatário ou em território sob sua dependência envolvendo migrantes que, devem obter o mesmo tratamento assegurado aos nacionais, na medida em que nenhuma condição de residência poderá ser imposta para que essa igualdade de tratamento seja assegurada.

1 Christiane Maria Sbalqueiro Lopes. Menos Nacionalismo e mais Direitos Humanos: o papel do MPT diante do trabalho do estrangeiro em situação irregular. Revista MPT março 2011, pg 202.

Importante revelar que a implementação dos objetivos acima apontados não foi fácil, posto que os serviços de saúde do país de destino nem sempre se encontram preparados para enfrentamento da imigração irregular e, habitualmente, na grande maioria das situações fáticas, o migrante irregular tende a não ser atendido.

Relevantes, ainda, as disposições contidas na Convenção 97 da OIT de 1949 que, além de regulamentar condições de recrutamento de trabalhadores migrantes, definiu o trabalhador migrante, em seu artigo 11, pela seguinte forma :

Art. 11- 1. Para os efeitos da presente Convenção, a expressão 'trabalhador migrante' designa toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não será exercido por sua própria conta, e compreende qualquer pessoa normalmente admitida como trabalhador migrante.

Referida Convenção aplica-se aos trabalhadores estrangeiros, vedando qualquer discriminação em matéria de nacionalidade, raça, religião ou sexo incluindo, ainda, disposições relativas à manutenção de serviço público gratuito que auxilie os migrantes na busca de emprego, com o objetivo de garantir condições mínimas de exercício de trabalho, saúde, habitação, liberdade de circulação e proteção social de acordo com as políticas nacionais.

A Convenção 143 da OIT² de 1975, especifica as bases do tratamento jurídico dos trabalhadores imigrantes no plano internacional, sendo de destacar-se que os Estados subscritores da mesma, se comprometem a combater as imigrações clandestinas e o emprego ilegal de migrantes nessa condição, colaborando com os demais Estados membros nesse sentido, estimulando-os à formulação e aplicação de uma política de igualdade de oportunidades e de tratamento aos imigrantes e seus familiares que residem legalmente sobre seus territórios.

Ressalte-se que o trabalhador estrangeiro, residente legal em um país, não deve ter sua situação alterada em virtude da perda de seu emprego, porque a norma internacional determina, ainda, que ao migrante sejam

2 Não ratificada pelo Brasil.

assegurados os direitos decorrentes de empregos anteriores, quanto à remuneração e seguridade social.

Além dos aspectos acima apontados, a Convenção 143 da OIT, recomenda, ainda, a aplicação de punições para os traficantes de mão-de-obra e para os empregadores que admitirem migrantes em condições ilegais, prevendo, também, a colaboração internacional para que as sanções previstas sejam efetivas.

2.1. Trabalhador migrante

Tratar do tema trabalho dos imigrantes não constitui tarefa fácil, na medida em que a mobilização de trabalhadores de seu país de origem ao país de destino de sua escolha, revela-se um processo complexo que não se encontra limitado ao tempo ou ao espaço e, nem sempre, alcança seu objetivo com a chegada do trabalhador migrante ao país de destino.

Diante dessa complexidade de situações, torna-se necessário o estabelecimento de algumas distinções importantes previstas pela Lei 13.445/2017, a saber: considera-se imigrante a pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha, reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil.

Já, a figura do trabalhador emigrante surge quando um brasileiro decide se estabelecer temporária ou definitivamente no exterior.

2.2. Trabalhador fronteiroço

Trabalhador fronteiroço é aquele que reside nos limites da região de fronteira e trabalha no país vizinho, retornando diária ou semanalmente à sua residência, conceito, este, repetido pela Convenção da ONU para proteção de trabalhadores migratórios e seus familiares, ao definir o fronteiroço como o trabalhador que reside no país vizinho no qual presta serviços e para onde retorna diariamente³.

Com o objetivo de facilitar a livre circulação do trabalhador fronteiroço, estabeleceu-se a possibilidade de concessão ao residente fronteiroço, de autorização para a realização de atos da vida civil, mediante requerimento do interessado.

3 <http://www2.ohchr.org/english/law/cmw.htm>

O residente fronteiriço detentor de referida autorização gozará das garantias e dos direitos assegurados pelo regime geral de migração de que trata a Lei 13.445/17, esclarecendo-se que o espaço geográfico de abrangência e de validade da autorização será especificado no documento do residente fronteiriço.

Importante ressaltar a existência de inúmeros acordos bilaterais e/ou multilaterais celebrados entre o Brasil e os países vizinhos, que contemplam situações especiais das populações fronteiriças, citando-se como exemplos:

- a) Acordo Brasil-Uruguai (http://www2.mre.gov.br/dai/b_urug_255_5003.htm), celebrado em 2002 e promulgado pelo Decreto 5.105 de 2004, objetivando a permissão de residência, estudo e trabalho aos fronteiriços uruguaios e brasileiros em nove municípios de cada um desses países. Em 2010 pelo Decreto 7.239, houve a celebração de acordo complementar visando a prestação de serviços de saúde aos fronteiriços residentes nas localidades vinculadas;
- b) Acordo Brasil-Argentina de 2005, destinado aos nacionais de ambos os países, através do qual permite-se a residência, estudo e trabalho nas localidades fronteiriças vinculadas;
- c) Acordo Brasil-Bolívia firmado em 2004 e promulgado pelo Decreto 6737/2009, permitindo residência, estudos e trabalho em 4 municípios fronteiriços vinculados.

3. Aspectos gerais da Lei 13.445/2017

A Lei 13.445/2017, substituindo o Estatuto do Estrangeiro, dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regulando sua entrada e estadia no país, estabelecendo, princípios e diretrizes para as políticas públicas destinadas ao emigrante, constituindo um novo paradigma para o Brasil em relação à legislação anterior.

Dentre suas principais características encontram-se a proteção de direitos humanos dos migrantes, em face da proteção constitucional da dignidade humana, na forma do art. 1º, IV da Lei Maior⁴.

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

Aos brasileiros, bem como aos migrantes são garantidas a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, assegurando-lhes também os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos, segundo a regra contida no artigo 5º, caput da CF/88⁵.

A regularização migratória, como regra, admite o ingresso regular do estrangeiro, bem como sua eventual regularização, assegurando, se for caso, a isenção de taxas para emissão de documentos para migrantes sem condições financeiras de suportar tais despesas.

O art. 1ª da Lei 13.445/17, ao dispor sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, estabeleceu os conceitos que se seguem considerando:

- a) imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;
- b) emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;
- c) residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;
- d) visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;
- e) apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.

Relativamente aos tipos de visto, estabeleceu o ordenamento brasileiro, cinco categorias para ingresso ou permanência no país, a saber: visita; temporário; diplomático; oficial e de cortesia.

fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Importante ressaltar que o visto temporário tem sido concedido, nas hipóteses de acolhida humanitária a apátridas ou migrantes de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental, de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

Dentre as diversas políticas públicas destinadas ao migrante, garante-se o acesso igualitário e livre a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social.

De igual forma, garante-se, também, aos migrantes os direitos de reunião para fins pacíficos e de associação, inclusive sindical, para fins lícitos, vedando-se, ainda, a extradição por crime político ou de opinião, proibindo, também, que refugiados ou asilados sejam extraditados.

3.1. Reflexos da Lei 13.445/2017 no mercado de trabalho

Uma vez examinados, ainda que sinteticamente, os aspectos gerais mais importantes da lei, passa-se à verificação de seus reflexos no mercado de trabalho a partir de sua recente vigência.

Importante ressaltar que a lei 13.445/17, ampliou as hipóteses em que a prestação de serviços passou a ser admitida sem constituir violação à legislação, citando-se como exemplos: pesquisa, ensino ou extensão acadêmica, férias-trabalho, atividade religiosa, serviço voluntário, atividades com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural, atividades artísticas ou desportivas, mediante celebração de contrato por prazo determinado e desde que o imigrante seja portador de pedido formulado por empresa brasileira, a qual permanecerá responsável pelo trabalhador durante sua permanência no país.

Possível, ainda a prestação de serviços sem vínculo de emprego no auxílio técnico ao governo brasileiro, na execução de serviços em acordo de cooperação internacional, em serviços de assistência técnica ou transferência de tecnologia, na representação do Brasil em instituição financeira ou assemelhada sediada no exterior, na representação de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, como administrador,

gerente, diretor ou executivo com poderes de gestão, para representar sociedade civil ou comercial, grupo ou conglomerado econômico, em treinamento profissional junto a subsidiária, filial ou matriz brasileira, no trabalho marítimo com prazo de permanência superior a 90 dias a bordo de embarcação ou plataforma de bandeira estrangeira, em estágio ou intercâmbio profissional, no exercício de cargo, função ou atribuição que exija, em razão da legislação brasileira, a residência por prazo indeterminado, em atividade de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira ou em auditoria ou consultoria com prazo de permanência superior a 90 dias.

3.2. Cooperação internacional Brasil-Haiti

O acesso aos direitos sociais é, possivelmente, o caminho mais difícil a ser percorrido pelo imigrante ao chegar em terras estrangeiras. O que se verifica na atualidade ao nos depararmos com as crises migratórias em diversas partes do mundo é o desrespeito aos mais básicos direitos do ser humano, que vão desde o direito à vida, ao acesso à documentação ou ao trabalho decente, circunstâncias que expõe o imigrante a situações de risco e vulnerabilidade.

No início do século XXI, a América do Sul e, particularmente, o Brasil, passou a receber um novo fluxo de imigrantes vindos do Haiti, sendo relevante, não só o número de haitianos em território brasileiro, como as diversas ações sociais empreendidas com o objetivo de integração destes no país por meio de obtenção da documentação necessária para permanência regular e de obtenção de emprego, assistência social e outros serviços, na medida em que o migrante clandestino ou irregular pela precariedade de sua situação, tem sido constantemente explorado, sujeitando-se a condições degradantes de trabalho.

Após o terremoto ocorrido no Haiti em janeiro de 2010, o Conselho Nacional de Imigração promulgou a Resolução Normativa nº 97, de 12 de janeiro de 2012, determinando a concessão de visto permanente aos imigrantes do Haiti, por razões humanitárias, pelo prazo de cinco anos. As informações necessárias à obtenção do Visto Permanente para haitianos estão disponíveis no site da Embaixada do Brasil em Porto Príncipe: portoprincipe.itamaraty.gov.br/pt-br

Os imigrantes haitianos que pretendam permanecer no Brasil após os cinco anos autorizados pela acima apontada deverão, antes do término do mesmo prazo, (cinco anos inicialmente concedido), comprovar sua situação laboral e requerer a convalidação de sua permanência no Brasil, circunstância que ensejará a expedição de nova Cédula de Identidade de Estrangeiro.

Mesmo antes de ingressar no Brasil, o visto poderá ser solicitado ao Visa Center, administrado pela Organização Internacional para as Migrações (OIM), em Porto Príncipe que, após a análise da documentação, a Embaixada Brasileira no Haiti, também em Porto Príncipe, poderá conceder o visto.

Se, porventura, o haitiano já chegou ao Brasil e encontra-se sem visto, deverá procurar orientações para obtê-lo junto à Polícia Federal.

Inúmeras são as vantagens de obtenção do visto permanência no Brasil para o imigrante que, passa a gozar dos mesmos direitos garantidos aos brasileiros, ressalvados os direitos políticos, na medida em que a Constituição brasileira garante-os somente aos brasileiros natos, naturalizados e aos portugueses, sob o amparo do Estatuto da Igualdade.

O documento de identidade dos imigrantes no Brasil denomina-se Carteira de Identidade de Estrangeiro (CIE), também conhecido como Registro Nacional do Estrangeiro (RNE), expedido após o cadastramento do estrangeiro em uma das unidades do Departamento de Polícia Federal. Referida identificação do estrangeiro deverá ser renovada três meses antes do seu vencimento, junto à uma das unidades da Polícia Federal.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, brasileiros e estrangeiros residentes no País têm assegurada a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança e à propriedade, bem como direitos relativos a saúde, educação, trabalho, previdência social, dentre outros. Algumas restrições são impostas constitucionalmente aos estrangeiros, citando-se como exemplos: a) proibição de alistamento e voto; b) acessibilidade restrita (mas não vedada) a cargos públicos; b) vedação ao

acesso a alguns cargos públicos ligados à representação e à segurança do país; d) propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Salvo as previsões constitucionais acima apontadas, proíbe-se a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, facultando-se aos estrangeiros que optaram pela naturalização como brasileiros, a participação em eleições na condição de eleitores ou candidatos. Uma vez naturalizado, o imigrante que passou à condição de brasileiro, poderá ter acesso a cargos públicos e à propriedade de empresas de jornalismo, rádio e imagens, permitidas aos brasileiros natos ou naturalizados.

A assistência social é o ramo da seguridade social que busca atender aos necessitados que, por alguma razão – social, familiar ou médica – estejam em situação de vulnerabilidade, sejam brasileiros ou estrangeiros e que merecem olhar mais atento por parte do Estado e da sociedade, com o objetivo de prover os direitos sociais mínimos.

A prestação da assistência social é gratuita a quem dela necessitar, envolvendo famílias, gestantes e lactantes, crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência. Dentre os programas de assistência social, destaca-se o denominado Programa Bolsa Família, concedido pelo governo federal e destinado às famílias em situação de pobreza e extrema pobreza que, associa à transferência do benefício financeiro ao acesso aos direitos sociais básicos – saúde, alimentação, educação e assistência social.

Para acesso ao Bolsa Família, o interessado deverá efetuar seu cadastro junto ao Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico), instrumento de coleta de dados e informações com o objetivo de identificar todas as famílias de baixa renda existentes no país, para incluí-las nos programas sociais do governo federal como o Bolsa Família, Projovem Adolescente/ Agente Jovem, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti), Tarifa Social de Energia Elétrica, etc.

Além do Bolsa Família, existem os denominados benefícios eventuais, de caráter suplementar e provisório prestados aos cidadãos em situação de vulnerabilidade e que podem ter acesso ao Benefício de Prestação

Continuada (BPC), que atende idosos com mais de 65 anos e pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover sua renda e que não recebam ajuda familiar. A tais cidadãos, o Estado garante a percepção de renda mensal de um salário mínimo (R\$ 1.045,00 a partir de fevereiro/20), mediante avaliação prévia para recebimento do benefício. No que respeita à educação, a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios organizam seus sistemas de ensino em regime de colaboração, de acordo com o Plano Nacional de Educação, com duração decenal, tendo como principais objetivos: I - Erradicação do analfabetismo; II - Universalização do atendimento escolar; III - Melhoria da qualidade do ensino; IV - Formação para o trabalho; V - Promoção humanística, científica e tecnológica do país; VI - Estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Toda criança ou adolescente filho de imigrantes tem direito à educação básica, bastando, para tanto procurar uma escola próxima à sua residência, visto que nas escolas do município ou do estado, as crianças e adolescentes, imigrantes regulares ou irregulares, têm direito a se matricular e acompanhar as aulas em qualquer escola da rede pública e a obter o respectivo certificado de conclusão do curso e histórico escolar. O acesso à saúde no Brasil concretiza-se por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo o acesso integral, universal e gratuito para toda a população, inclusive imigrantes, posto que todo cidadão tem acesso ao referido sistema, independentemente de sua nacionalidade ou situação migratória em que se encontre no país, devendo, para tanto, procurar a Unidade Básica de Saúde (UBS) mais próxima de sua residência e obter o seu cartão SUS para facilitar o atendimento sempre que necessário.

Dentre as inúmeras ações do SUS na promoção da saúde da população residente no país, encontram-se a orientação e prevenção de doenças, planejamento familiar, distribuição gratuita de medicamentos, preservativos, vacinas e assistência à saúde em geral.

A Assistência Farmacêutica, mediante a distribuição graciosa de medicamentos, tem por objetivo facilitar o acesso dos cidadãos aos medicamentos de que necessita para sua recuperação, auxiliar e orientar o cidadão no uso do medicamento prescrito e que podem ser retirados nos postos de saúde mediante prescrição médica.

3.3. Mercado de trabalho e haitianos

Com já mencionado anteriormente, muitos haitianos ingressaram no Brasil após o terremoto que em 2010 devastou o Haiti, motivados, não só pela esperança de construir uma vida melhor, como em razão das instabilidades política e econômica que o país apresentava.

De acordo com informações do Ministério da Justiça, cerca de 54 mil haitianos vivem atualmente no Brasil nos diversos Estados, como é o caso do Acre, Amazonas, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina e São Paulo, estimando-se que mais de 20 mil deles trabalham legalmente.

O contato de tais imigrantes com o mercado de trabalho usualmente é feito por intermédio de ONG's de acolhimento, onde costumam ficar alojados, participam de palestras ministradas por voluntários a respeito dos aspectos culturais do país, além de frequentarem cursos para aprender o idioma português e, com tais conhecimentos, obter auxílio em sua colocação profissional na construção civil, serviços gerais, hotéis e restaurantes, posto que o grande fluxo de imigrantes haitianos apresenta baixa escolaridade.

O trabalho de imigrantes haitianos tem sido muito aproveitado na rede hoteleira com grande diversidade de atividades, tais como recepção, cozinha, restaurante, manutenção, serviços gerais e mensageiros, constituindo, na atualidade, o maior grupo no mercado formal de trabalho brasileiro.

4. Nacionalização do Trabalho

A nacionalização do trabalho é a proteção conferida pelo sistema do direito positivo trabalhista brasileiro ao prestador de trabalho nacional, seja nato ou naturalizado⁶.

A Consolidação das Leis do Trabalho, CLT, nos artigos 352 a 358, trata da proporcionalidade de 2/3 de empregados brasileiros em relação aos trabalhadores estrangeiros que as empresas podem manter em

⁶ Silva Neto, Manoel Jorge. Nacionalização do trabalho. Dicionário Brasileira de Direito do Trabalho. Academia Nacional de Direito do Trabalho, pg. 293.

seu quadro de pessoal, estabelecendo essa obrigação em relação à totalidade do quadro de empregados e à correspondente folha de salários.

A proporcionalidade acima apontada poderá ser inferior dependendo das circunstâncias especiais de cada atividade por ato do Poder Executivo, esclarecendo-se que não se encontram compreendidos os empregados que executem funções técnicas especializadas, prevalecendo, no entanto, para as empresas que explorem atividades industriais e comerciais e, por exclusão, não se aplicando às sociedades civis, profissionais liberais e atividades rurais, por não se enquadrarem como indústrias ou comércio. Estrangeiros residentes no país há mais de 10 anos que tenham cônjuge ou filho brasileiro e os portugueses, são equiparados aos brasileiros, ressaltando-se que pelo disposto no § único do art. 358, a dispensa de estrangeiro deve preceder a de empregado brasileiro que exerça função análoga, representando, pois, violência discriminatória ao tratamento dispensado ao estrangeiro⁷.

A fixação dessa proporcionalidade nada mais representa do que a obrigação de haver, no mínimo, três trabalhadores brasileiros para cada empregado estrangeiro contratado por uma empresa brasileira, inexistindo dúvidas de que a nacionalidade do trabalhador não deve constituir motivo a autorizar a desigualdade na obtenção de emprego ou função, em virtude da norma inserta no art. 5º, caput, da Lei Maior⁸ ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Importante ressaltar que a Lei 13.445/2017, substituindo o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), determina expressamente a igualdade de direitos laborais entre o estrangeiro com visto permanente e o trabalhador brasileiro.

Estudiosos do Direito do Trabalho reputam os dispositivos da CLT apontados, contrários à Constituição Federal de 1988 e aos diversos pactos internacionais que vedam a discriminação entre brasileiros e estrangeiros, citando-se diante de sua importância, a Declaração

7 Nahas Thereza. Pereira, Leone. Miziara, Raphael. CLT Comparada Urgente, pg. 237

8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Sociolaboral do Mercosul, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (PIDESC), as Convenções da OIT e o Pacto de San José da Costa Rica.

A reforçar o entendimento acima apontado, o Projeto de Lei nº 2456/2019, em trâmite na Câmara dos Deputados, objetiva a alteração dos artigos 352/58 da CLT, esclarecendo-se que tais dispositivos são oriundos da época Vargas em que a direção do governo federal fundava-se no protecionismo econômico.

Atualmente, diante da globalização e dos investimentos cada vez mais dinâmicos, sempre à procura de melhores oportunidades, procura-se, com o Projeto de Lei apontado, afastar essa obrigatoriedade de reservar-se quota majoritária para empregados brasileiros, estimulando-se a competitividade mediante a livre escolha no tratamento diferenciado ao empresário que formular políticas de reserva para trabalhadores nacionais.

5. Imigrantes bolivianos, venezuelanos e cubanos no mercado de trabalho brasileiro

Além dos haitianos, outros imigrantes dos países vizinhos ao Brasil integram o contingente de trabalhadores residentes no território nacional em condições legais ou clandestinas, conforme se verificará a seguir.

5.1. Imigrantes bolivianos

As condições socioeconômicas da Bolívia e a instabilidade política e econômica, constituem as razões principais que provocaram a chegada de bolivianos no Brasil que, embora possuindo hábitos e culturas muito diferentes em relação aos brasileiros, constituem grupo considerável de imigrantes em busca de melhores condições de vida e trabalho.

Os bolivianos, na sua grande maioria são aliciados por traficantes de pessoas, não raras vezes, também bolivianos, que prometem vida excelente e bons salários. Porém, considerando sua condição de clandestinos e o total desconhecimento da legislação pátria, sujeitam-se a receber baixos salários, vivendo em condições degradantes e usualmente trabalhando em oficinas de costura, como ambulantes ou na construção civil como ajudantes.

Estima-se que residam na atualidade cerca de 350 mil bolivianos no país, dos quais apenas 100 mil encontram-se em situação legal, os quais, regra geral, tem acesso à saúde e educação, à cidadania para obtenção de documento de identidade – Registro Nacional de Estrangeiro – RNE, válido por 2 anos.

De acordo com o ordenamento legal brasileiro, os bolivianos têm direitos previstos pelo Acordo de Residência do Mercosul. Porém, muitos deles por desconhecimento quanto à existência do Acordo apontado, permanecem no país em situação irregular, trabalhando na informalidade e um grande número deles sendo objeto de exploração em atividades remuneradas com baixos salários na denominada economia informal.

Frequentemente são vítimas de assaltos porque nem todos tem acesso aos serviços bancários e como em qualquer parte do mundo, os imigrantes em situação irregular, são explorados por empresários sem escrúpulos que pagam baixos salários, impondo-lhes jornadas extenuantes e condições degradantes de moradia.

Em muitas oportunidades, fiscais do antigo Ministério do Trabalho, atualmente vinculados ao Ministério da Economia, encontraram e resgataram inúmeros trabalhadores bolivianos prestando serviços no setor têxtil em condições análogas à escravidão.

5.2. Imigrantes venezuelanos

No que respeita aos venezuelanos, a crise política e econômica do governo de Nicolás Maduro constituiu a base da imensa migração venezuelana ao Brasil, estimando-se que desde 2015, cerca de dois milhões de venezuelanos abandonaram a Venezuela de acordo com pesquisa elaborada da ONU, para fixarem residência nos países vizinhos, dentre os quais, como países de destino encontram-se Colômbia, Equador, Peru e Brasil.

Nesse momento em que a crise econômica encontra-se ainda mais agravada pela pandemia ocasionada pelo Covid-19, a informalidade e a uberização do trabalho ganham proporções de maior gravidade na rotina de milhares de venezuelanos, para o quais a vida é ganha diariamente,

marcada pelo imprevisto, para os que montam suas barracas de comida, roupas ou artigos eletrônicos pelas ruas de maior movimento nas grandes cidades brasileiras.

Também não pode ser deixada de lado a difícil sobrevivência daqueles que optaram por fazer entregas por aplicativos, cumprindo jornadas extenuantes, em meio ao perigo constante de acidentes de trânsito e ao contágio pelo corona vírus e que procuram com tal atividade obter algum rendimento pecuniário.

Considerado no ranking internacional como o segundo país com maior número de casos positivos e de mortos em decorrência do covid-19, o Brasil encontra-se em meio a uma profunda crise sanitária, social e econômica não obstante os esforços empreendidos para minimizar os efeitos da paralisação temporária das atividades produtivas que começam sua retomada progressivamente.

Em razão do isolamento social que se impôs como forma de preservação da saúde dos cidadãos e para evitar o contágio pelo covid 19, muitos trabalhadores, especialmente os informais que não reúnem condições de permanecer em suas residências, arriscam suas vidas diariamente na busca da renda necessária à sua sobrevivência, podendo ser considerado o lado mais nocivo e perverso da informalidade.

5.3. Imigrantes cubanos

Relativamente aos cubanos, o Projeto Mais Médicos para o Brasil instituído pela MP 621/13 e convertido na Lei 12.871/13, teve por objetivo melhorar o Sistema Único de Saúde – SUS, com ampliação do atendimento médico nas regiões carentes do país, consistindo em modalidade de especialização ou etapa de formação profissional de médico, mediante pagamento de uma bolsa-auxílio no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mensais, sem concurso público, por meio de contratação temporária por até 3 anos, prorrogável por igual período.

Intermediados pela Organização Mundial da Saúde – OMS, 75% da força de trabalho em referido projeto foi representada por médicos cubanos que, diversamente do que ocorreu com os brasileiros que aderiram ao mesmo programa e que receberam a totalidade dos rendimentos no

valor de R\$ 10.000,00, os cubanos, ao contrário, recebiam mensalmente, o equivalente a R\$ 2.350,00 porque o restante do numerário ficava retido em Cuba.

Em virtude da situação acima apontada, inúmeras foram as ações empreendidas pelo Ministério Público do Trabalho, em face da precarização da atividade, contratação com a administração pública sem concurso ao arpejo da norma constitucional e, notadamente, por força da diferenciação remuneratória entre brasileiros e cubanos que fizeram parte do projeto.

Verifica-se, pois, seja na condição de migrante regular ou em situação de clandestinidade, os trabalhadores devem percorrer longo e difícil caminho em busca da sonhada tranquilidade de vida e solidez financeira no país de destino.

Em meio à pandemia e procurando propiciar algum auxílio aos desempregados, informais, microempreendedores individuais, imigrantes portadores de documento de identidade e CPF, dentre outros tantos considerados desprotegidos, o governo brasileiro por meio da Lei 13.982/20, estabeleceu parâmetros para concessão de auxílio emergencial, inicialmente previsto para um período de 3 meses no de R\$600, podendo chegar a R\$ 1.200,00 no caso de família monoparental, prorrogada a vigência de seu pagamento até o momento em que o presente estudo foi elaborado, porém, na atualidade, com redução de 50% de seu valor até 31/12/2020.

6. Notas conclusivas quanto ao ordenamento brasileiro

A título de notas conclusivas, necessário uma breve retrospectiva das formas pelas quais o Brasil encarou o tema da imigração em diferentes momentos históricos revela-se pertinente para que se possa entender melhor em que consiste ou deve consistir uma política nacional de imigração.

No final do século XIX e início do século XX, o Brasil tinha sua economia predominantemente voltada à produção agrícola, revelando-se, por

este motivo, um país aberto à imigração. Ademais, com amplo território ocioso era necessário incentivar quem se dispusesse a morar e a trabalhar no campo.

Foi neste período que os fluxos migratórios tiveram início e se estenderam até o fim da segunda guerra mundial, quando ingressaram no país cerca de um milhão de imigrantes, estimando-se ao menos 800 mil italianos e 200 mil japoneses.

Constata-se, pois, que nesse período a política nacional de imigração tinha caráter pouco restritivo ao ingresso de quaisquer estrangeiros no país que tivessem como objetivo o implemento de mão-de-obra estrangeira para promover o crescimento da economia agrícola e povoamento do vasto território, esclarecendo-se que essa visão geral, estendeu-se, basicamente, até a segunda metade do século XX.

Portanto, a política governamental estimulava a entrada de trabalhadores migrantes, inexistindo normas que vedassem ou dificultassem o ingresso e permanência de estrangeiros no país.

Nos anos 70 verifica-se o início de movimento para criação de uma nova legislação sobre imigração, notadamente nos países em desenvolvimento que buscavam, além da proteção da indústria e produção nacionais, a transferência e assimilação de novas tecnologias.

Em 19/08/1980, entrou em vigor a Lei 6.815, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, por meio do qual o Brasil passou a tutelar juridicamente a imigração com alterações radicais, ou seja, passou da condição de um país que permitia a entrada de qualquer imigrante, para um modelo de imigração fechada ao mercado de trabalho para estrangeiros.

Em 1988, promulgada a nova Constituição Federal, inspirada no moderno constitucionalismo adotou em seu artigo 1º como princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, dentre outros de igual relevância, estabelecendo, ainda, o princípio da igualdade sem distinção de qualquer natureza, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, segundo o comando inserto no artigo 5º.

Como se verificou no item 3, supra, a Lei 13.445/17 reconhece o migrante, independentemente de sua nacionalidade, como sujeito de direitos, promovendo o combate à xenofobia e a não-discriminação como princípios da política migratória brasileira, introduzindo modernizações no sistema de recepção e registro dos migrantes, auxiliando no combate da segregação social de que são vítimas muitos migrantes.

Integrados na sociedade, os trabalhadores migrantes reúnem amplas condições para contribuir com o crescimento do país, especialmente no que pertine ao desenvolvimento econômico, ao responder pelo pagamento de impostos diretos e indiretos através do consumo, como qualquer brasileiro, integrando o financiamento dos serviços públicos como saúde e educação, dos quais participa como beneficiário.

Não obstante tais considerações, o princípio de proteção à mão-de-obra nacional continua tendo aplicabilidade, conforme se verificou no item 4, acima, quando examinados os aspectos legais da nacionalização do trabalho.

Portanto, o Brasil para assegurar a efetividade dos compromissos contidos no preâmbulo de sua Lei Maior, quais sejam, “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”⁹, deve envidar esforços para garantir aos imigrantes de qualquer natureza, padrões mínimos de segurança, educação e saúde, sinônimos de vida digna, postulado de conotação universal.

9 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

7. O ordenamento venezuelano e o trabalho de imigrantes

7.1. Informações preliminares

A crise atual de imigração e de refugiados venezuelanos, constitui, sem dúvida, uma situação sem precedentes na região, visto que em 2018 cerca de quase 4 milhões de venezuelanos, correspondendo a mais de 10% de sua população, tiveram diferentes destinos de imigração na América Latina e Caribe. A grande maioria de migrantes e refugiados venezuelanos dirigiram-se para a Colômbia (1.2 milhões), Peru (700 mil), Chile (265.8 mil), Equador (250 mil), Argentina (130 mil) e Brasil (100 mil), dentre outros países da região.

Estima-se que a crise econômica, política e social que a Venezuela enfrenta, provocará o aumento do número total de migrantes e refugiados, podendo chegar em torno de 5.75 milhões até o final de 2019 e entre 7.5 a 8.2 milhões ao final de 2020.

Muitos migrantes e refugiados encontram-se em condições de saúde precárias, pois são portadores de desnutrição e de enfermidades anteriormente erradicadas, como é o caso da tuberculose, difteria e malária, além das precárias condições econômicas. A situação daqueles que seguem caminhando por infindáveis quilômetros pelo continente com o objetivo de chegar a outro país, reflete o desespero e a vulnerabilidade econômica que os impede de utilizar meios de transporte convencionais, pois o custo destes está fora do alcance de muitos venezuelanos.

É importante ressaltar que a profunda recessão econômica na Venezuela agregada à hiperinflação constitui parte de uma crise que provoca falta de alimentos, medicamentos, material cirúrgico, salas de emergência do sistema público de saúde e atendimento de forma intermitente, além da falta de insumos básicos, agravados pela grande instabilidade no fornecimento dos serviços de eletricidade e água.

Esta situação iniciou-se em 2014, com a queda internacional dos preços do petróleo que provocou um déficit para a Venezuela em relação à entrada de divisas, agravada pela ausência de outras fontes externas e da expansão monetária. Atualmente, 87% das famílias venezuelanas se encontram abaixo da linha nacional de pobreza, com índice superior a 60% em relação à pobreza extrema.

7.2. Aspectos gerais da legislação

Na Venezuela, a proteção dos trabalhadores imigrantes em situação irregular encontra seu fundamento nos direitos e garantias constitucionais, nos tratados internacionais sobre direitos humanos e nos direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos, em virtude da debilidade jurídica em que se encontram os mesmos.

Nesse sentido, foram subscritas pela Venezuela normas supranacionais, consagradas em seu direito interno os princípios gerais que acolhem as aspirações da comunidade internacional no que respeita à proteção do trabalhador migrante independentemente da condição jurídica em que se encontre, na medida em que sua finalidade reside na garantia dos direitos fundamentais destas pessoas baseados nos princípios de equidade e justiça.

Como é de conhecimento de todos, a imigração de trabalhadores constitui um dilema político para os diversos países que, ao contrário da prática de impedir a entrada ilegal de imigrantes, toleram sua presença, especialmente nas áreas em que as atividades têm menor remuneração e costumam ser pouco procuradas pelos nativos, sendo importante ressaltar que os trabalhadores migrantes nestas condições, tal como ocorre na maioria dos Estados, não tem qualquer proteção da previdência social nas suas necessidades de saúde e, normalmente, executam suas atividades em condições de trabalho desvantajosas.

A proteção dos direitos do trabalhador migrante constitui papel preponderante para a Organização das Nações Unidas, ONU, Organização dos Estados Americanos, OEA, bem como para os Estados que se envolveram na luta pela humanização das condições do migrante. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos as Convenções da OIT, números 19, sobre a Igualdade de Tratamento dos Trabalhadores; 97, relativa aos Trabalhadores Migrantes; 143, sobre as Disposições Complementares da Convenção 97; 111, referente à Discriminação em matéria de Desemprego e Desocupação; 118, sobre a Igualdade de Tratamento; a Convenção das Nações Unidas de 1990 sobre Trabalhadores Migrantes, instrumento normativo que compõe a Carta Internacional das Migrações e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No ordenamento jurídico interno da Venezuela, a normativa

está contida na Constituição da República Bolivariana da Venezuela, no Código Civil, na Lei Orgânica do Trabalho, no Regulamento da Lei Orgânica do Trabalho, na Lei de Direito Internacional Privado e na Lei de Estrangeiros e Migração.

Verifica-se que de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o princípio da igualdade surge como premissa fundamental, estabelecendo que as pessoas são iguais perante a lei sem distinção e encontram-se protegidas contra qualquer discriminação.

Nesse mesmo sentido, ressalta-se a existência de direitos especiais destinados à proteção do trabalhador, como o trabalho, sua livre escolha em condições satisfatórias, a proteção contra o desemprego, participação em sindicatos, igualdade salarial diante de igual trabalho, capaz de propiciar ao trabalhador e sua família uma vida digna.

A Venezuela não aderiu à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1990, que corresponde à uma versão mais adequada das Convenções 97 e 143, ratificadas pelo país.

De igual forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também assevera que todas as pessoas são iguais e, em virtude dessa igualdade tem direito à mesma proteção jurídica, sem qualquer discriminação.

Ademais, a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, estipula que o Estado se constitui em um sistema democrático e social de direito e de justiça, fundado nos valores superiores de seu ordenamento jurídico relacionados à vida, liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, democracia, ética, e à responsabilidade social, em geral, com prevalência dos direitos humanos.

O Código Civil venezuelano garantiu aos estrangeiros os mesmos direitos civis dos venezuelanos, salvo as exceções legais; no mesmo sentido, a Lei Orgânica do Trabalho (LOT) disciplina o tratamento legal ao trabalhador estrangeiro, estabelecendo que o Estado venezuelano tem o dever jurídico de amparar todo tipo de situação que ameace ou vulnere seus direitos independentemente de sua condição.

A Lei de Estrangeiro e de Migração de 2004 objetiva regular as questões relativas à admissão, ingresso, permanência, registro, controle e informação, saída e reingresso dos estrangeiros no território, bem como seus direitos e obrigações, citando-se como exemplo a pessoa que em virtude de contrato de trabalho ingresse na Venezuela obtendo autorização laboral. Nessas condições, obriga-se o empregador a exigir a apresentação dos documentos de identificação e a notificar por escrito o Registro Nacional de Estrangeiros quanto aos termos e condições da relação laboral e sua duração, nos 30 dias subseqüentes ao ato.

O não cumprimento da determinação legal sujeitará o empregador ao pagamento de sanções pecuniárias e punirá com pena de prisão aquele que empregue estrangeiros com estadia irregular no país com a finalidade de exploração de mão de obra, inclusive a simulação contratual que favoreça a imigração de pessoa a outro país.

Simultaneamente às sanções impostas ao empregador, ficam sujeitos à deportação, os estrangeiros que ingressaram no território para executar atividades submetidas a autorização laboral e não observem tal requisito, bem como os que executem trabalhos diversos daqueles para os quais foram contratados e em local diferente ao da autorização concedida. Todavia, os trabalhadores sujeitos à deportação terão direito a receber salários, prestações sociais e todos os benefícios estabelecidos pela legislação que regulam as relações de trabalho, contratações coletivas e demais leis sociais aplicáveis à relação laboral.

7.3. Acesso à justiça no ordenamento venezuelano e o direito aplicável

Constituem elementos da internacionalização da relação laboral: a nacionalidade do trabalhador, a nacionalidade do empregador, o local da sede da empresa, o lugar da prestação de serviços e o foro de celebração do contrato. Na hipótese de trabalhador imigrante em situação irregular, a modalidade essencial do conflito se apresenta de duas formas:

- a) quando o trabalhador é estrangeiro e tenha sido contratado por empregador nacional, para prestação de serviços no território nacional;

- b) quando o trabalhador é estrangeiro e tenha sido contratado por empregador estrangeiro, para trabalhar no território nacional.

Ainda que em situação irregular, o trabalhador imigrante terá seus direitos laborais preservados pelo princípio do *ius cogens* internacional. Portanto, esteja o trabalhador em situação irregular ou não, seja qual for o ordenamento jurídico deve ser tratado com respeito como parte de uma sociedade que reclama a observância dos direitos inerentes ao homem, circunstância que exige revisões legais contínuas para adaptação das condições que envolvam o trabalho dessas pessoas em melhores condições.

8. O ordenamento chileno e o trabalho de imigrantes

8.1. Noções preliminares

A partir do final do século 19, quando imigrantes árabes como libaneses e sírios começaram a migrar para países da América do Sul, dentre eles, Brasil, Argentina, Peru e Bolívia, os palestinos tomaram um caminho diferente: o Chile, verificando-se que muitos deles pertencentes à classe média na Palestina e como tantos outros imigrantes no período, trabalharam como vendedores ambulantes de porta em porta.

O sucesso do trabalho realizado permitiu que se tornassem comerciantes fixos e industriais do setor têxtil, contribuindo para a modernização que o país buscava; destaca-se como meio consistente de sua integração no país a fundação do Clube Esportivo Palestino que, além das atividades esportivas, oferecia aulas de árabe para os descendentes de palestinos, sendo responsáveis, ainda, pela fundação de grandes escolas em Santiago e no interior do Chile.

Ressalta-se, também, a presença dos libaneses na gastronomia, bem como a existência de inúmeros restaurantes especializados em comidas típicas, tais como o Maklube, feito com berinjela, cebolas, tomates e frango.

As relações Brasil - Chile refletem a intensidade e o dinamismo do intercâmbio comercial e empresarial existente, inclusive com

aprimoramento na coordenação política, por meio do bom entendimento e adoção de posições comuns tanto no âmbito regional quanto no multilateral.

O comércio entre Brasil e Chile já está praticamente todo liberalizado; em 2018, o Brasil foi o principal parceiro comercial chileno na América Latina e entre os principais produtos exportados ao Chile encontram-se óleo bruto de petróleo, carnes, automóveis e tratores. Por sua vez, o Brasil importa do Chile derivados de cobre, salmão e vinhos.

Na conformidade das informações contidas no Panorama Laboral da OIT (OIT 2010), a região cresceu em termos econômicos, o que significa, entre outras coisas um aumento dos empregos. Todavia, o mesmo informe também destaca que o aumento dos empregos provocou o crescimento do trabalho informal, traduzindo que o crescimento acarretou a precarização do emprego, situação que se agrava em relação às mulheres, pois a grande maioria delas trabalha em condições precárias.

Assim, se de um lado houve crescimento, o tipo de emprego ou atividade que se pode obter, constitui fator importante na decisão de imigrar, pois, entre os motivos que contribuem para a configuração das dinâmicas migratórias se encontram a estabilidade política e o crescimento produzido no Chile a partir da redemocratização do país.

Outro aspecto que merece ser lembrado diz respeito às crises econômicas, políticas e sociais, a informalidade no mercado de trabalho, bem assim o aumento dos níveis de pobreza e informalidade nos países de origem contribuem para o aumento das migrações.

Ressalta-se, também o endurecimento das políticas migratórias nas economias de maior desenvolvimento, a proximidade territorial e o menor custo de viagem e transporte que acabam influenciando, considerando que o Chile, no contexto de imigração regional amplamente divulgado pelas redes sociais nestes últimos anos, pode ser considerado como um país que permite e/ou facilita a chegada de familiares, amigos e conhecidos dos imigrantes já radicados no território.

Importante ressaltar que a década de 90 caracterizou-se por um crescimento substancial nunca antes experimentado pelo país, atingindo o PIB um aumento médio de 7%.

Porém, no final da década houve uma desaceleração importante provocada pelos efeitos da crise asiática, embora o crescimento do PIB ainda tivesse sido superior à medida da região latinoamericana.

No período de 1994 a 1999, o crescimento do PIB no Chile foi de 5,5% enquanto que seu perfil migratório na América Latina foi de 2,8%. Este cenário explica facilmente os fatores relativos à chegada de imigrantes em busca de melhores condições e oportunidades de trabalho, constatando-se que no período de 1992-2002, a imigração peruana e equatoriana cresceu mais de 300% em relação aos períodos anteriores.

Com efeito, as melhores condições econômicas no Chile constituíram um fator de atração em meio às crises econômicas e dificuldades para superação das condições de pobreza em países vizinhos ou próximos que dispararam os processos de imigração, sendo importante considerar também que o crescimento econômico provoca uma demanda maior por mão de obra em determinados setores como a prestação de serviços, construção civil e comércio.

Exatamente esta demanda por mão de obra é fator decisivo e atrativo para as pessoas que se encontram desempregadas em seus países de origem.

O desenvolvimento dos países também pressupõe uma demanda por trabalhadores qualificados em certos setores da economia como é o caso dos profissionais da saúde no sistema público. Porém, áreas como a mineração (prata e cobre) e desenvolvimento científico também necessitam de profissionais qualificados, circunstância que motiva a imigração de técnicos, valendo dizer, países com situação econômica estável e em crescimento, motivam a imigração de trabalhadores qualificados e sem qualificação, citando-se como exemplo a agricultura, área em que a falta de mão de obra é constante.

Importante lembrar que, não só a migração urbana ou rural são destaques, mas também, as atividades executadas por trabalhadores fronteiriços em atividades comerciais que mantém os cidadãos entre ambas as cidades e produzem dinâmicas distintas de mobilidade como a hipótese de prestação de serviços de segunda a sexta-feira em uma cidade, regressando à cidade de origem nos finais de semana.

Destaca-se que o movimento nas fronteiras não fica circunscrito somente ao comércio, mas ao acesso aos serviços públicos e sociais, como consultas médicas.

8.2. Legislação migratória

A Constituição chilena fundamenta-se no princípio da universalidade dos direitos, consagrando disposições específicas, como as garantias constitucionais que incluem o direito à igualdade perante a lei e proibição de discriminação, devido processo, liberdade de circulação, liberdade de trabalho que, dentre outras, são plenamente aplicáveis aos imigrantes.

De igual forma, também lhes são aplicáveis as disposições sobre nacionalidade e cidadania que correspondem, por exemplo, ao direito de voto para os estrangeiros com mais de 5 anos de residência que tenham cumprido os requisitos legais.

As questões migratórias se encontram reguladas por um conjunto de normas relativas a estrangeiros e imigração, destacando-se que os instrumentos de maior força que regulam estes assuntos são a Lei de Estrangeiros (Lei 1094/75), promulgada pelo general Pinochet em 1975; o Regulamento de Estrangeiros (Decreto Supremo 597/84; o decreto que delega às autoridades de Governo do Interior atribuições relativas a estrangeiros (Decreto Supremo 818/83); a Resolução 296/95 do Ministério do Interior que estabelece o valor para concessão de vistos de residentes a estrangeiros e o decreto que fixa o texto refundido de Normas sobre Nacionalização de Estrangeiros (Decreto Supremo 5142/60 do Ministério do Interior).

No período de 1993 a 2000 foram introduzidas modificações na Lei de Estrangeiros com a finalidade de resolver algumas das principais restrições que dificultavam sua aplicação, considerando especialmente

que o contexto migratório se alterou a partir de 1975. Citam-se como principais modificações: Lei 19.273/93 que derogou as disposições de saída e entrada de residentes estrangeiros no território nacional; Lei 19.476/96 que alterou a Lei de Estrangeiros em relação ao asilo e refúgio, reconhecendo o princípio da não devolução daqueles que se encontram no país requerendo tal condição, descriminalizando o ingresso irregular no território nacional de estrangeiros solicitantes de refúgio ou asilo; Lei 19.581/98 que cria a categoria de ingresso para o habitante de zona fronteira, pela qual os que se encontrem nesta situação poderão obter um cartão local fronteiriço que facilita o ingresso e a saída entre os países subscritores; Decreto 2.910/2000 que permite aos requerentes de residência temporária e sujeitos a um contrato, obter autorização para trabalho enquanto tramitar a permissão de residência.

8.3. Sistema universal

No marco internacional existem uma série de instrumentos destinados a proteger os direitos humanos, laborais, sociais e políticos dos imigrantes e o eixo central da matéria sobre proteção é a Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e seus familiares (CMW), que objetiva proteger a todos os imigrantes, independentemente de sua condição de legalidade ou irregularidade.

Outros instrumentos internacionais que complementam os objetivos da Convenção apontada são o Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional contra todas as formas de discriminação contra a mulher, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas, ou degradantes, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, a Convenção sobre o Estatuto de Refugiados, a Convenção das Nações Unidas contra a delinquência organizada transnacional e os Protocolos contra o tráfico ilícito de migrantes por terra, mar e ar e para prevenir, reprimir e sancionar o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, a Convenção dos Direitos da Criança, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica).

Além das Convenções apontadas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), é responsável por outras convenções adicionais que buscam regulamentar a proteção dos direitos dos trabalhadores por meio

da Convenção 97, que consagra o princípio de igualdade de tratamento entre o trabalhador nacional e o estrangeiro em situação regular; a 143, trata das imigrações em condições abusivas e a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes.

Através da Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, a OIT estimula os Estados a cumprirem os princípios de proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes. De igual forma, a Organização dos Estados Americanos, OEA, apresentou o Programa Interamericano para promoção e proteção dos direitos humanos das pessoas migrantes.

O Chile subscreveu uma série de acordos bi e multilaterais relativos à seguridade social, proteção de trabalhadores, controle fronteiriço e cooperação penal internacional com o Brasil, Colômbia, Equador, Venezuela, Estados Unidos e Canadá, e também, com países europeus como Áustria, Finlândia, França, Portugal, Noruega, Espanha.

Em dezembro de 2009 foi implementado Acordo sobre residência para os nacionais dos Estados parte do Mercosul, permitindo-se a emissão de vistos temporários a paraguaios, uruguaios, brasileiros, argentinos e bolivianos.

8.4. Estrutura Institucional

A Lei de Estrangeiros estabeleceu que o Ministério do Interior, através do Departamento de Estrangeiros e Migração é o órgão encarregado de cumprir a legislação referente ao ingresso, saída, residência definitiva ou temporária, expulsão e regulamentação aos cidadãos estrangeiros que permanecem no território chileno, de acordo com os princípios orientadores da Política Nacional Migratória do Governo.

Assim sendo, compete ao referido Ministério, propor a política nacional migratória, supervisionar o cumprimento das leis, expedir instruções para sua aplicação, prevenir a imigração clandestina, organizar e manter o registro nacional de estrangeiros.

O Chile avançou na modernização da gestão migratória com a ratificação de acordos internacionais sobre proteção dos direitos dos imigrantes e normativas específicas que solucionam problemas de acesso aos serviços sociais como saúde e educação.

Os princípios da política adotada encontram-se em consonância com os padrões internacionais de proteção de direitos, quais sejam: residência e liberdade de circulação; liberdade de pensamento e consciência; acesso à residência em condições iguais e devidamente informadas; acesso à justiça; integração e proteção social dos imigrantes, garantido seu direito à educação, saúde e trabalho; respeito aos direitos laborais dos trabalhadores migrantes independentemente de sua condição de estrangeiros.

8.5. Organizações de imigrantes e a sociedade civil. Participação de imigrantes no âmbito político

As organizações sociais assumiram um posto chave no processo de inserção e integração dos migrantes na sociedade, destinando uma parte importante de seus recursos econômicos, humanos e profissionais nesta área. Referidas organizações têm origem diversa e possuem enfoques distintos.

Geralmente, estão ligadas à igreja e às entidades que atuam na área de gênero, direitos humanos e universidades e promovem serviços especializados como orientação jurídica, apoio e orientação ao processo de regularização de documentos, atendimento à saúde mental, bolsas de emprego, serviços de acolhida, propiciando espaços de encontros e recreação com grupos folclóricos e musicais.

Objetivando solucionar as irregularidades migratórias foram introduzidos processos de regularização que concederam aos imigrantes irregulares visto por um ano, facultando que as pessoas que estiverem em condições de celebrar contrato de trabalho e comprovar o pagamento de impostos, possam obter residência definitiva.

Destaca-se, ainda, a preocupação com as mulheres grávidas e com os menores de 18 anos, possibilitando a regularização dos mesmos independentemente do estado de migração de seus pais. Mulheres que tenham filho chileno poderão solicitar visto temporário, o mesmo ocorrendo com os menores em situação irregular.

8.6. Impactos no desenvolvimento socioeconômico do país

À semelhança do que ocorre em outros países, a imigração de trabalhadores produz transformações significativas nos locais de origem, especialmente quanto à diversidade social e cultural que enriquece a sociedade, não podendo ser esquecidos seus reflexos na área econômica com a multiplicação de negócios na gastronomia a gerar novos empregos e reativação de locais antes desativados, citando-se os bairros Independência, Recoleta e a Estação Central.

Outro aspecto que merece registro refere-se ao setor de saúde, inclusive no serviço público, em face do déficit de profissionais nativos, celebrando-se acordos bilaterais não só relativos à convalidação de títulos, mas para o exercício de determinadas profissões, como advogados, engenheiros e médicos.

Inúmeros são os temas que merecem atenção quanto aos aspectos da imigração de trabalhadores e direitos que lhes são assegurados, especialmente a necessidade de garantir-se o direito de residência sem vinculação a um contrato de trabalho.

9. O ordenamento argentino

9.1. Introdução

A partir de 1850 a Argentina transformou-se em um polo de atração de imigração europeia fundamentalmente laboral, em busca de melhores condições de inserção no mercado laboral, salários mais altos e possibilidades de ascensão social. Geralmente, a inserção laboral dos imigrantes é complementar e adicional aos nativos, visto que se incorporam em espaços do mundo do trabalho que não se encontra preenchido pelos mesmos em virtude de salários baixos ou das condições de trabalho longe de serem ideais.

A imigração europeia formada majoritariamente por homens jovens se radicou nas zonas urbanas, embora também tenham sido responsáveis pela colonização de terras inexploradas. Os movimentos migratórios, regra geral, se desenvolveram dentro do contexto de crescimento da economia argentina com expansão agropecuária e acompanhado pelo

importante implemento da rede ferroviária, circunstância que ao gerar um processo de desenvolvimento econômico, também propiciou a participação permanente de trabalhadores migrantes.

Grande parte da população migrante é de origem latino-americana, proveniente de países limítrofes com a Argentina, destacando-se paraguaios, bolivianos, chilenos, uruguaios, peruanos, venezuelanos, equatorianos e brasileiros.

9.2. Imigração laboral e marco normativo

Os trabalhadores migrantes oriundos dos países latino-americanos participam do mercado de trabalho argentino há muitos anos em busca de melhores oportunidades laborais e de vida e, apesar das instabilidades da economia do país, houve um grande afluxo de mão de obra também no setor informal.

Algumas áreas como a construção civil, o trabalho doméstico, o comércio e a indústria de confecções e calçados absorveram cerca de 63% da população migrante. Tradicionalmente, os homens trabalham na construção civil e as mulheres nos serviços domésticos como resultado mais acessível para os que têm pouca experiência laboral e necessitam um trabalho para sobreviver.

Este tipo de inserção laboral revela a demanda efetiva de mão de obra com baixa remuneração e condições inadequadas de trabalho e que normalmente não atraem os trabalhadores nativos.

A imigração irregular constitui um fenômeno social de natureza invisível que não permite se conhecer com exatidão o volume dos migrantes em situação irregular, marcada pela precariedade e pela violação dos direitos humanos dos imigrantes, situação que motivou o desenvolvimento de um processo de regularização migratória para nativos do Mercosul denominado "Programa Pátria Grande" com acolhimento de migrantes que ingressaram no território argentino antes de abril de 2003 e, posteriormente, até maio de 2008.

Referido programa foi marcado pela simplificação do trâmite de regularização dos pedidos de residência, concedendo-se um certificado de residência precária e sem custos, com o qual poderia o imigrante

trabalhar e estudar legalmente, podendo entrar ou sair do país sem quaisquer limitações. Em uma segunda etapa, o estrangeiro inscrito deveria seguir com sua residência temporária por dois anos, devendo apresentar os documentos exigidos pela normativa vigente para poder alcançar, então, a residência definitiva.

Com base nos movimentos migratórios tanto de argentinos que migraram para Espanha, Estados Unidos e outros países, como de estrangeiros que retornam ou se dirigiram a outros destinos é necessário encontrar uma relação estreita entre a dinâmica dos mercados de trabalho, o crescimento econômico, a estrutura demográfica, além de outros fatores que fazem parte dos movimentos estruturais.

As razões do incremento desses processos migratórios são complexas e tem relação com fatores diversos, tais como políticos, econômicos e culturais que interferem nos diversos pontos do Atlântico.

As crises econômicas e políticas que afetaram a Argentina, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, demonstraram que a busca generalizada pela vida no exterior era uma alternativa; nesse contexto e com o endurecimento da política migratória dos Estados Unidos após os atentados de 2001, a Europa, particularmente a Espanha, se converteu em um dos destinos de novos fluxos migratórios.

Em relação aos processos de migração internacional na Argentina, estes se desenvolveram em um marco normativo moderno, coerente com os preceitos constitucionais e com as normas internacionais de direitos das pessoas, citando-se como exemplo, a Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e seus familiares.

A política migratória na Argentina procura atender tanto a situação dos migrantes no país como dos argentinos no exterior, promovendo no primeiro caso, o respeito dos direitos humanos e sua integração na sociedade argentina e no segundo, a participação política, vinculação e possível repatriação ao país de nascimento.

A Constituição Nacional da República Argentina outorga direitos civis e sociais a todos seus habitantes argentinos e estrangeiros; define a condição civil do estrangeiro assegurando o gozo dos direitos de propriedade, exercício de trabalho ou atividade no comércio e indústria, locomoção, petição, publicidade, associação, culto e educação de acordo com a legislação interna.

Por sua vez, os acordos multilaterais celebrados com países da região estabelecem regulamentações legais sobre migração. Especificamente com referência ao Acordo de residência para os nacionais dos países integrantes do Mercosul, Bolívia e Chile, foram fixados os seguintes objetivos :a) fortalecimento do processo de integração, solucionando-se a situação de irregularidade migratória dos nacionais dos países membros; b) combate ao tráfico de pessoas para impedir a degradação da dignidade humana; c) estabelecimento de normas comuns para a tramitação da autorização de residência dos nacionais dos Estados Parte. Ressalte-se que o acesso à residência dos nacionais de um país signatário no território de quaisquer outros será concedida com base no critério da nacionalidade, pela qual os interessados devem apresentar na sede consular respectiva ou perante os serviços de imigração se já estiverem no território, os documentos de identidade do país de origem ou outra identificação pertinente.

Nesse sentido, a lei de imigração incorpora o espírito dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Argentina, estabelecendo os lineamentos fundamentais da política migratória da Argentina.

Em termos gerais, enuncia uma série de princípios que imprimem uma nova direção às diversas ações que se desenvolvem no campo migratório, regulando a política propriamente dita, os direitos e obrigações dos estrangeiros que residem no país.

Portanto, a Constituição Nacional, os tratados internacionais de direitos humanos, os acordos bilaterais e regionais celebrados no marco do Mercosul, juntamente com a lei de imigração buscam: a) fixar linhas políticas fundamentais e assentar as bases estratégicas sobre imigração; b) cumprir os compromissos internacionais da Argentina quanto aos

direitos humanos, integração e mobilidade dos migrantes; c) contribuir para alcançar as políticas demográficas estabelecidas pelo Governo Nacional com referência à taxa de crescimento e distribuição geográfica da população do país; d) contribuir para o enriquecimento e fortalecimento do tecido cultural e social do país; e) garantir o exercício do direito de reunificação familiar, com pais, cônjuges, filhos solteiros menores ou maiores com capacidades diferentes recepcionando direitos existentes a nível internacional; f) promover a integração na sociedade argentina de forma permanente; g) assegurar a qualquer pessoa a possibilidade de ser admitida no país de maneira permanente ou temporária e o gozo dos direitos legalmente estabelecidos; h) promover e difundir as obrigações, direitos e garantias dos migrantes segundo o estabelecido pela Constituição Nacional, nos compromissos internacionais e legais, mantendo sua tradição humanitária e aberta em relação aos migrantes e suas famílias; i) promover a inserção e integração laboral dos migrantes residentes legalmente para o melhor aproveitamento de suas capacidades pessoais e laborais com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento econômico do país; j) facilitar a entrada de visitantes com a finalidade de impulsionar o comércio, turismo, atividades culturais, científicas, tecnológicas e as relações internacionais; l) promover a ordem internacional e a justiça denegando o ingresso e/ou permanência no território argentino a pessoas envolvidas em atos reprimidos pela legislação interna; m) promover o intercâmbio de informação no âmbito internacional, assistência técnica e capacitação dos recursos humanos para prevenir e combater a delinquência organizada.

Coerentemente com a previsão constitucional, foi consagrada a igualdade de direitos para acesso aos serviços sociais entre nacionais e estrangeiros; de igual forma, o direito de defesa se encontra fortalecido com a garantia da assistência judiciária gratuita e intérprete no caso de não haver compreensão do idioma oficial.

O processo de integração regional outorga aos cidadãos dos países membros da região um tratamento diferenciado, pois estabelece que os estrangeiros serão admitidos a ingressar e permanecer no país nas categorias de residentes permanentes, temporários ou transitórios, concedendo residência temporária aos cidadãos nativos no âmbito do

Mercosul, Chile e Bolívia e aplicando-se a norma mais favorável para o migrante como objetivo final da livre circulação de pessoas no bloco regional.

Assim sendo, a regulamentação, sinteticamente, incorpora o direito humano de migrar, o acesso à justiça, a proibição de expulsão sem o devido controle judicial e a redução das detenções dos migrantes que se encontram no país.

9.3. Estrutura institucional e as políticas de imigração e emigração

As políticas de imigração e emigração estão afetas ao Ministério do Interior e Transporte, responsável pela formulação de referidas políticas, cuja execução e implementação das ações necessárias ao cumprimento de seus objetivos envolvem saúde, educação, habitação, emprego, etc. Relativamente à migração internacional, a Lei 22.520 estabelece as competências ministeriais e os distintos níveis de intervenção, inclusive com relação às áreas de fronteiras. Embora a formulação da política migratória seja responsabilidade do Ministério do Interior e Transporte, tomam parte, também, o Ministério das Relações Exteriores e o Ministério do Trabalho dentro de suas competências específicas, competindo ao primeiro Ministério definir a política exterior e fixação das normas referentes à imigração, bem como os aspectos relativos aos direitos civis dos estrangeiros, sua integração na comunidade nacional e ao segundo, avaliar as necessidades de mão de obra do país.

Ao Ministério da Defesa, competem as atribuições das condições geopolíticas e de segurança do território, elaboração das políticas para o desenvolvimento de criação de condições favoráveis para o assentamento da população.

A Direção Nacional de Imigrações constitui um órgão descentralizado, dependente do Ministério do Interior e Transporte, tendo como atribuições a aplicação da política migratória, sendo responsável pela aplicação da legislação com o objetivo de promover a regularização da situação migratória dos estrangeiros no território, além de controlar o ingresso e saída de pessoas, bem como a permanência de estrangeiros. Nesse sentido, a Direção Nacional de População tem como objetivos a elaboração e avaliação das políticas de população e imigrações,

bem como a formulação de programas para sua implementação, já que a diversidade das ações e o caráter multisetorial das mesmas são desenvolvidas como complementação e em colaboração com diversos organismos do Estado, Organizações não governamentais e Organismos Internacionais, citando-se dentre as atividades de maior importância a investigação e sistematização de informações sobre a população e desenvolvimento de normativas.

Ao Ministério das Relações Exteriores compete a proteção e assistência dos cidadãos, os interesses dos argentinos no exterior, a execução da política de migração no plano internacional no que respeita à nacionalidade, direitos e obrigações dos estrangeiros, sua assimilação e integração na comunidade nacional que, por meio de sua Secretaria priorizam a integração da Argentina ao mundo, a promoção dos valores associados à paz internacional, a forma democrática de governo, o respeito aos direitos humanos, sistema de comércio equilibrado, melhor distribuição dos benefícios da globalização e democratização do sistema de decisões nos organismos internacionais.

Por sua vez, compete ao Ministério da Justiça, Seguridade e Direitos Humanos, assistir o Presidente da República e ao Chefe de Gabinete dos Ministros, nas relações com o Poder Judiciário, Ministério e Defensoria Públicas e Conselho da Magistratura na atualização da legislação, assessoramento jurídico na coordenação das atividades do Estado com respeito aos movimentos da população, sem prejuízo de suas competências específicas.

9.4. A política migratória, as organizações dos imigrantes e a sociedade civil

A política migratória na Argentina se encontra regulamentada basicamente pela Lei das Imigrações, pela qual se explicita a exigência do Estado de dispor dos instrumentos necessários para garantir a integração dos migrantes na sociedade argentina, objetivando adotar e implementar medidas para regularização da situação migratória dos estrangeiros, facilitando o acesso dos imigrantes aos estabelecimentos públicos ou privados de ensino em todos os níveis, sem consideração da possível condição irregular da migração, o mesmo ocorrendo com relação à saúde ou assistência sanitária, que não poderão ser negadas a nenhum estrangeiro, qualquer que seja sua situação migratória.

A participação da sociedade civil tem sido fundamental com referência às ações que contribuem para a proteção dos direitos humanos dos migrantes. A variedade e multiplicidade de organizações não governamentais, centros de estudos, associações de migrantes e pastorais migratórias são inúmeras e heterogêneas, sendo possível construir uma tipologia que permita identificá-las em face de suas modalidades, objetivos e papéis sociais por meio das quais cumprem suas finalidades.

9.5. A imigração irregular e a inserção laboral dos migrantes na Argentina

É preciso destacar que os processos de regularização migratória constituem ferramentas indispensáveis para oferecer aos imigrantes sem documentação a possibilidade, de acordo com a legislação, sua acolhida e garantia de seus direitos com o fim de residência legal; o objetivo do programa consiste na regularização da situação migratória, a inserção e integração dos estrangeiros residentes de forma irregular no país, com a possibilidade de que estes obtenham a regularização de sua situação migratória. Referida medida encontra-se implementada para os cidadãos do Mercosul, fundada no critério da acreditação da nacionalidade de um dos países integrantes do bloco.

A inserção laboral dos imigrantes latino-americanos e asiáticos na Argentina contribuiu notavelmente para o desenvolvimento da economia, em virtude da necessidade do uso intensivo da mão de obra (construção civil, produção têxtil, cerâmicas), assim como serviços dos quais necessita a classe média urbana como o trabalho doméstico e o comércio em pequenos mercados de comestíveis, verificando-se a predominância de paraguaios na construção civil e de mulheres peruanas e paraguaias no serviço doméstico, enquanto os bolivianos dedicam-se à cultura de hortaliças, fabricação de cerâmicas e venda de roupas em feiras populares.

O grande mérito da legislação argentina refere-se ao convencimento político de ser necessária a integração plena das pessoas dentro do território mediante sólida coesão social, exigindo políticas públicas de acompanhamento do processo de integração plena, com obrigação do Estado em garantir direitos aos imigrantes independentemente de sua condição migratória.

Portanto, dispensa-se tratamento igual aos imigrantes e suas famílias nas mesmas condições asseguradas aos argentinos, mediante o acesso igualitário aos serviços sociais, especialmente com relação ao sistema de saúde, educação, acesso à justiça e proteção laboral, bem como o respeito ao direito de reunificação familiar dos imigrantes com seus pais, cônjuges, filhos solteiros menores ou maiores com capacidades diferentes, propiciado uma política migratória aberta e inclusiva.

10. Conclusões

Do quanto examinado a propósito das legislações brasileira, venezuelana, chilena e argentina, verificou-se que todos os ordenamentos citados pautaram suas condutas observando os principais tratados internacionais a respeito da proteção dos migrantes e suas famílias e Convenções da OIT.

Além dos aspectos relativos à legislação internacional, verificou-se que os países pesquisados asseguram aos imigrantes o mesmo tratamento concedido aos nativos, pouco importando a situação do migrante no país de destino, se regular ou irregular.

Importante lembrar que maior ou menor integração do trabalhador migrante no país para o qual se transferiu constitui questão de grande relevância, em face da discriminação que normalmente sofrem os trabalhadores estrangeiros que chegam ao país de destino, usualmente em condições de vulnerabilidade pelo simples fato de encontrarem-se distantes de seu país de origem, de seus familiares e, na maioria das vezes, pelas dificuldades encontradas com novos costumes e hábitos de vida, além do idioma que nem sempre dominam perfeitamente.

Portanto, a ausência de comunicação direta, clara e eficiente, traz consequências na sua adaptação, obtenção de documentos pessoais, relacionamento social, busca de emprego, etc.

Diante desse cenário de vulnerabilidade em que se encontram os trabalhadores migrantes, necessário redobrar os cuidados para coibir a exploração da mão-de-obra que sofrem, posto que na dificuldade de

encontrar emprego, sujeitam-se a trabalhar em condições totalmente degradantes e indignas para poderem sobreviver.

Outro aspecto que merece ser considerado e revela ainda mais a importância do tema é o fato de, em todo o mundo, e, especialmente, desde janeiro deste exercício com a declaração de pandemia em face do Covid-19, os trabalhadores migrantes encontram-se mais fragilizados, notadamente os que se encontram no país clandestinamente e por este fato são denominados "invisíveis", para os quais não existem benefícios de assistência social, familiar e do necessário acolhimento, exceto pela excelente ação social promovida pelas inúmeras ONG's que se ocupam dos menos favorecidos.

Ressalte-se que a atividade desenvolvida pelas ONG's, revelou-se constante e de vital importância nos ordenamentos pesquisados e que contribuem para proteção dos direitos fundamentais dos migrantes, especialmente na implementação de atividades concretas para regularização da situação migratória dos estrangeiros, facilitando o acesso dos imigrantes aos serviços de assistência social, saúde e educação que não devem ser negadas a nenhum estrangeiro, qualquer que seja sua situação migratória.

Por fim, não se pode olvidar que no mundo globalizado as relações de trabalho tradicionais perderam espaço para a descentralização da mão de obra e precarização na prestação de serviços, fatores que aumentam a desigualdade social, colocando o trabalhador migrante sob maior vulnerabilidade, lembrando-se que o trabalho subordinado ou autônomo constitui forma de inclusão social que permite ao trabalhador migrante participar ativamente da sociedade civil que o acolheu.

Referências

Academia Nacional de Direito do Trabalho. Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, junho 2013.

Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Boucinhas Filho, Jorge Cavalcanti. A Organização Internacional do Trabalho e a migração internacional de trabalhadores. Convenções Internacionais sobre migração de trabalhadores. São Paulo: LTR 2019.

Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª Reunión, 2016. Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes. Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte 1B). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Correa, Henrique Salvador, Vivian Ferraz de Arruda. Precarização do trabalho dos profissionais da área da saúde. Projeto mais médicos para o Brasil, residência médica e atuação dos órgãos de proteção ao trabalhador. Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XXI, março 2011. São Paulo: LTR 2011

Direitos Sociais dos Imigrantes Haiti-Brasil. Fumarc 2016. PUC Minas. Belo Horizonte: 2016.

Eça, Vitor Salino de Moura. O direito fundamental do trabalho e a migração de trabalhadores. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR 2015.

Informe preliminar sobre la crisis de migrantes y refugiados venezolanos Em La Región. Grupo de Trabajo de la OEA – Whashington 2019.

Lopes, Christiane Maria Sbalqueiro. Menos Nacionalismo e mais Direitos Humanos: o papel do MPT diante do trabalho do estrangeiro em situação irregular. Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XXI, março 2011. São Paulo: LTR 2011.

Nahas, Thereza. Pereira, Leone. Miziara, Raphael. CLT Comparada Urgente. São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2017.

Nahas, Thereza Christina. Reflexões sobre o capital globalizado nas relações de trabalho – especial referência à União Europeia e Mercosul. São Paulo: LTR 2016.

Perfil Migratório de Argentina. OIM - Organización Internacional para las Migraciones. Roberto Benecia, 2012.

Perfil Migratório de Chile. OIM - Organización Internacional para las Migraciones. Carolina Stefoni, 2011.

Perfil Migratório de Colombia. OIM - Organización Internacional para las Migraciones. Clemencia Ramírez, Marcela Zuluaga, Clara Perilla, 2010.

Redin, Giuliana. Direito de imigrar: Direitos humanos e espaço público na sociedade contemporânea. 2010. 197 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba: 2010.

Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XXI, Mar. 2011. São Paulo: LTR 2011.

Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XXI, nº 42, Set. 2011. São Paulo: LTR 2011.

Revista do Ministério Público do Trabalho, ano XXI, nº 47, março 2014. São Paulo: LTR 2015.

Saad, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho: comentada. 48 ed. atual., rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2015.

Santos, Enoque Ribeiro dos. Farina, Bernardo Cunha. A igualdade jurídica do trabalhador fronteiriço. Revista do MPT – Brasília, ano XXI, março 2011, LTR 2011.

Silva, Homero Batista Mateus da. CLT Comentada. São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2016.

Yoselyn, Bermúdez Abreu; Orielle, Hernández Jimenez. La protección del trabajador inmigrante en situación irregular dentro el ordenamiento jurídico venezolano. Gaceta Laboral v.15 n.3 Maracaibo dic. 2009.

Sites consultados

nacoesunidas.org>oit-discute-direitos-dos-trablhadores-migrantes

<http://www.oit.org.br>

<http://www.ilo.org>

brazil.iom.int

<http://www2.ohchr.org/english?law/cmw.htm>

http://www2.mre.gov.br/dai/b_urug_255_5003.htm

www.justca.gov.br>collective-nift-content Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais

www.mercosur.int

www.mercosul.gov.br

<https://portaldeimigracao.mj.gov.br?pt.datamigra>

www.migrante.org.br › publicacoes › artigos-e-textos

www.iom.int › files › pbn › docs

www.migracioncolombia.gov.co › .

www.itamaraty.gov.br

www.portalconsular.itamaraty.gov.br

portoprincipe.itamaraty.gov.br/pt-br

El derecho del trabajo de la emergencia sanitaria

(sobre la normativa adoptada en la
Argentina con algunas referencias a
ordenamientos comparados)

Héctor Omar García

EL DERECHO DEL TRABAJO DE LA EMERGENCIA SANITARIA

(sobre la normativa adoptada en la Argentina con algunas referencias a ordenamientos comparados)

Héctor Omar García*

Sumario: 1. Introducción. 2. Normas laborales para enfrentar la emergencia sanitaria. 3. La autoridad de aplicación laboral, legislador por delegación. 4. Un derecho del trabajo de la emergencia sanitaria. 5. El desdoblamiento de la protección en el derecho del trabajo de la emergencia. 6. Medidas propias del derecho del trabajo de excepción. 6.1. Prohibición de los despidos sin causa y de los despidos y suspensiones por causas económicas y por fuerza mayor. 6.2. Duplicación de la indemnización por despido (indirecto). 6.3. Suspensión especial y condicionada de la prestación laboral por el hecho del príncipe. 6.4. Licencia remunerada por cuidado de niños y adolescentes. 6.5. Ampliación coyuntural del campo de abarcatividad de la protección de los trabajadores. 6.6. Alteraciones en los derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo. 6.7. Declaración de actividades como servicios esenciales a los fines de la emergencia sanitaria, no del ejercicio del derecho de huelga. 6.8. Restricción al ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos. 6.9. Gratificación extraordinaria de carácter pecuniario y no remunerativo. 6.10. Presunción del carácter de enfermedad profesional de la Covid-19. 6.11. Afectación de otros institutos previstos en las leyes de la normalidad. 6.12. Ingreso familiar de emergencia. 6.13. Asistencialismo para empresas. 7. La suspensión impuesta por el Estado (y prohibida para las partes) con pago de asignación dineraria no remunerativa. 7.1. Efectos de la remisión al artículo 223 bis de la LCT. 7.2. Sobre la no remuneratividad e hipotética integridad de la compensación por suspensión. 8. Síntesis final.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. Introducción

La pandemia transcontinental de Covid-19, caracterizada por autores como Supiot y Monereo Pérez como un “hecho social total” —concepto que se asocia linealmente con la teorización del primero de estos juristas sobre el *mercado total*¹, aunque tiene un significado técnico asignado por las ciencias sociales²—, ha puesto en evidencia lo que el eminente profesor francés, doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires, observó como un fenómeno paradójico en la mundialización: la incapacidad de las instituciones internacionales para organizar la solidaridad entre los países ante una crisis global que, sin embargo, ha revelado un grado de interdependencia objetiva excepcional³. Una verdadera “globalización del riesgo”, en términos de Ulrich Beck, en la sociedad globalizada, que muestra dos caras, de interdependencia e insolidaridad⁴, y dialoga con la idea de “globalización negativa”, perteneciente a otro afamado sociólogo europeo⁵.

Más allá de alguna “vaga coordinación global”⁶ y aportes bajo la forma de informes y documentos técnicos elaborados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Comisión Económica

1 Alain Supiot, *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, traducción de Jordi Terré, Ediciones Península, Barcelona, 2011.

2 Conforme al cual —dice Monereo Pérez— “la pandemia actual no es solo una crisis sanitaria [...] en el sentido específico de que impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales y conmueve a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos) de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social”. Vid. José Luis Monereo Pérez, “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, octubre 2020, p. 19, con cita de Marcel Mauss, *Sociología y antropología*, trad. T. Rubio de Martín, Tecnos, Madrid, 1971.

3 Alain Supiot, “Le travail a l'épreuve du monde d'après”, *Fondation Collège de France*, <https://www.fondation-cdf.fr/2020/07/15/le-travail-a-lepreuve-du-monde-dapres/> (Consultado el 22 de julio de 2020).

4 José Antonio Fernández Avilés, “¿Es suficiente este derecho laboral excepcional “por aluviones” frente a la pandemia del Covid-19?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 445 (abril 2020), p. 7, con referencia (sin datos de cita) a Ulrich Beck, *Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.ª Rosa Borrás (trads.), Paidós, Barcelona, 1986.

5 Zygmunt Bauman, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, traducción de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007, p. 125. Este autor aplica el concepto a “la globalización altamente selectiva del comercio y el capital, la vigilancia y la información, la coacción y el armamento, la delincuencia y el terrorismo [...], elementos todos que desdeñan actualmente la soberanía territorial y no respetan ninguna frontera estatal”, y agrega: “Si la idea de una “sociedad abierta” representó originalmente la determinación de una sociedad libre orgullosa de su apertura, hoy evoca en la mayoría de las mentes la experiencia aterradora de unas poblaciones heterónomas y vulnerables, abrumadas por fuerzas que no pueden controlar ni comprender plenamente, horrorizadas ante su propia indefensión [...]”.

6 El sociólogo y filósofo esloveno Slavoj Žižek encuentra un “primer modelo vago de coordinación global en la Organización Mundial de la Salud”, y se pregunta acerca de la necesidad de crear algún tipo de red global de atención médica. Vid. S. Žižek, “Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de ‘Kill Bill’ y podría conducir a la reinención del comunismo”, en AA. VV., *Sopa de Wuhan*, editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), La Plata, 2020, p. 24.

para América Latina y el Caribe (CEPAL), las Naciones Unidas (ONU) o la Organización Mundial de la Salud (OMS), el enfrentamiento de la unánime crisis quedó en manos de cada Estado, con sus recursos —en su mayoría escasos⁷— y en soledad⁸; casi en situación de aislamiento internacional, como una suerte de reflejo de las cuarentenas a las que fueron sometidas sus poblaciones⁹.

Los instrumentos jurídicos aplicados por los países para enfrentar el fenómeno fueron emitidos en el marco generalizado de previas declaraciones de emergencia sanitaria (así en Argentina, Bolivia, Canadá, Colombia¹⁰, Costa Rica, Ecuador, EE. UU., Finlandia, Francia, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana¹¹ y Uruguay¹², entre otros), a veces expresada mediante diversos heterónimos (“estado de calamidad pública”, en Brasil; “estado de excepción constitucional de catástrofe”, en Chile; “estado de alarma”, en España y Venezuela; “estado de urgencia sanitaria”, en Francia; “estado de epidemia”, en Polonia; Portugal declaró el “estado de emergencia” luego de haber pasado, inicialmente, por un breve período de “estado de alarma”, y en Suiza se emitió una declaración de “situación extraordinaria”), pero con efectos jurídicos similares.

-
- 7 El 16 de septiembre de 2020 el Parlamento Europeo autorizó una propuesta de la Comisión Europea destinada a tomar prestados €750.000 millones para financiar un plan denominado “UE de próxima generación”, de los cuales 390.000 millones se destinarán a los países miembros en forma de subvenciones. Este endeudamiento común permitirá reducir los tipos de interés y apoyar a los Estados miembros más vulnerables. También plantea la cuestión de su reembolso, de casi 13.000 millones de euros en intereses anuales. Véase *Le Vif*, 8/10/2020, https://www.levif.be/actualite/international/taxer-la-finance-pour-la-reconstruction-post-covid-carte-blanche/article-opinion-1342465.html?cookie_check=1602714092 (Consultado el 2/10/2020)
 - 8 La crítica a las entidades supranacionales no comprende, desde luego, gestos de solidaridad individuales de países como Alemania, que ha dado acogida a pacientes provenientes de otros estados miembros de la Unión Europea, como Italia, Austria y República Checa (vid. *elDiario.es*, https://www.eldiario.es/sociedad/baviera-acogera-pacientes-de-republica-checa-pais-mas-afectado-por-covid-de-la-ue_1_6295508.html) o como Canadá, que aportó la modesta cantidad de 7.5 millones de dólares canadienses a la Organización Panamericana de la Salud (OPS) con destino a auxiliar a los países caribeños a dar respuesta a la pandemia. Véase OPS, 11 de junio de 2020, <https://www.paho.org/es/noticias/11-6-2020-gobierno-canada-aporta-53-millones-ops-para-responder-covid-19> (Ambos sitios, consultados el 15/10/2020).
 - 9 Transcurrido un año de la aparición de la pandemia, la cooperación mundial en materia de vacunas se fijó como tema prioritario de la cumbre virtual del G20 programada para el 21 y 22 de noviembre de 2020. Vid. *Global Times*, 18/11/2020, <https://www.globaltimes.cn/content/1207213.shtml> (Consultado 20/11/2020).
 - 10 En este país, el Decreto 417, de 17 de marzo de 2020, declaró el “estado de emergencia económica, social y ecológica”.
 - 11 Declarado el 19 de marzo de 2020 por Decreto 134 de ese año.
 - 12 El Decreto 93, del 13 de marzo de 2020, declaró el “estado de emergencia nacional sanitaria”.

Algunas diferencias han presentado Alemania, el Reino Unido y Bélgica. La república federal no recurrió a la declaración de emergencia con alcance nacional, sino dejó librada tal decisión a los *bundesländer*; el gobierno británico, por su parte, no decretó el estado de emergencia, sino ejerció *poderes de emergencia*, por delegación del Parlamento en la vertiginosamente aprobada Ley de Coronavirus 2020 (“Coronavirus Act 2020”); de manera similar, en Bélgica, el Parlamento autorizó al rey el ejercicio de *poderes especiales* en el marco del artículo 105 de la Constitución.

Otra diferencia se observa en la mayoría de los países escandinavos (Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia), donde directamente se ha prescindido de todo marco de excepcionalidad jurídica.

En los Estados en que se decidió la referida alteración de la normalidad institucional, abundaron, desde luego, normas excepcionales y transitorias (generalmente decretos gubernamentales y resoluciones de autoridades administrativas), con obvio contenido de medicina epidemiológica o sanitarista, seguidas en importancia y cantidad por preceptos de carácter laboral y de la seguridad social.

La constatación del relevante papel desempeñado por el derecho del trabajo y de la seguridad social dentro del contexto de la particular emergencia —así se ha manifestado en Argentina—, conlleva la pregunta sobre el carácter del ordenamiento laboral surgido de la emergencia sanitaria. Esto es, si se trata del derecho del trabajo ordinario o tradicional enrolado en el combate contra la propagación de la enfermedad, aunque con algunos matices diferenciados en procura de una adaptación eficaz para alcanzar el objetivo propuesto, o si durante la etapa de crisis se ha desplegado un conjunto de normas laborales y sociales extraordinarias que dan cuenta de la conformación de un orden de nuevo carácter, un derecho del trabajo propio de la emergencia, excepcionalmente renovado en sus institutos o, incluso, en sus componentes esenciales, con su vigencia atada fatalmente a aquella.

Para buscar respuestas a ese interrogante, visitaré la normativa laboral emitida con motivo de la emergencia sanitaria —tomando como eje la de Argentina— y, luego de abordar la cuestión desde un enfoque teórico,

me detendré en la interpretación y explicación de algunos institutos relevantes del régimen laboral de excepción verificado en este país, sin dejar de tener en cuenta dispositivos normativos y medidas de política pública aplicadas en otros países de América y Europa.

2. Normas laborales para la enfrentar la emergencia sanitaria

Si bien esta crisis tiene muchas facetas y ha esparcido múltiples consecuencias —económicas, sociales, políticas—, por su causa y sus características es eminentemente sanitaria. Sin embargo, el Gobierno argentino, al igual que otros, entre varias acciones de diverso carácter, emitió una ingente cantidad de normas laborales y de seguridad social para sobrellevarla. Normas que, en contraste con lo acontecido en anteriores crisis —centralmente económicas—, el derecho del trabajo sostuvo su carácter tutelar de los trabajadores, que en algunos casos —particularmente el de la Argentina— reunió matices expresivos de una verdadera transformación.

Desde el inicio de la crisis, como en varios otros países alcanzados por la pandemia, el Gobierno argentino —Poder Ejecutivo Nacional (PEN)— ha tenido una actuación central e hiperactiva en el asumido papel de legislador de la etapa de emergencia sanitaria. Durante más de 200 días ha dictado una acelerada sucesión de normas “legislativas no parlamentarias” —tomo el concepto de Casas Baamonde¹³—, pero no solo ha hecho las veces del legislador en la emergencia. Ha sido un legislador preponderantemente laboral durante la contingencia, en tanto la regulación del trabajo tuvo una participación especial en el reparto de roles asignados a los instrumentos normativos destinados a la protección de la salud de la población contra la enfermedad.

Para comenzar a examinar, a partir de la particular experiencia argentina, la función que le cupo al derecho del trabajo y de la seguridad social durante la crisis sanitaria, es conveniente poner en altorrelieve los

13 María Emilia Casas Baamonde, su disertación en la conferencia internacional “El derecho del trabajo y de la seguridad social durante la COVID-19 en España e Italia. Medidas adoptadas para proteger el trabajo, el empleo y la salud de los trabajadores”, organizada por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS), Buenos Aires, 22 de junio de 2020. (Puede accederse mediante la página web de la AADTySS: <https://www.youtube.com/watch?v=AiXIXjKylh8>).

instrumentos jurídicos de carácter sociolaboral más trascendentes, en cuanto dieron el marco general a la normativa especial y determinaron su particular orientación protectora.

1. El 13 diciembre de 2019, el decreto de necesidad y urgencia (DNU) n° 34 de ese año declaró la emergencia ocupacional por 180 días, a contarse desde su entrada en vigor, y estableció, para ese período, una protección especial contra el despido sin justa causa, cifrada en el derecho de los trabajadores afectados a percibir el doble de la indemnización prevista por la ley para ese supuesto, siempre que se tratase de personal contratado con anterioridad a la entrada en vigor del propio decreto¹⁴.
2. Posteriormente, la Ley 27.541, aprobada por el Congreso de la Nación el 21 de diciembre de 2019, declaró la “emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social” hasta el 31 de diciembre de 2020.
3. En 2020, veinticuatro horas después de que la OMS calificara la propagación de la Covid-19 como pandemia, se dictó el DNU 260, del 12 de marzo de este año, que extendió la emergencia sanitaria declarada en la Ley 27.541, por el plazo de un año contado a partir de la fecha de su publicación oficial (el mismo 12/03/2020), e impuso, en su artículo 7°, un “deber de aislamiento” de tipo “vertical”¹⁵, esto es, a las personas que se encontraran en situaciones de mayor vulnerabilidad ante la contracción de la enfermedad, por el padecimiento de cuadros clínicos graves, o de tratarse de casos positivos identificados o de potenciales transmisores del virus:
 - a) quienes fueran considerados “casos sospechosos” de haber contraído la enfermedad por la presentación de síntomas;
 - b) quienes poseyeran confirmación médica de haber contraído Covid-19;

14 Prorrogada por igual plazo mediante el DNU 528, de 9 de junio de 2020.

15 Véase Guilherme Loureiro Wernek y Marília Sá Carvalho, “La pandemia de COVID-19 en Brasil: crónica de una crisis sanitaria anunciada”, en *Cadernos de Saúde Pública*, 2020, 36(5):e00068820, p. 2, accesible en https://www.scielo.br/pdf/csp/v36n5/es_1678-4464-csp-36-05-e00068820.pdf (Consultado el 5/09/2020).

- c) quienes pudieran ser considerados “contactos estrechos” de las personas comprendidas en los ítems a) y b) precedentes, y
- d) quienes arribaran al país luego de haber transitado por “zonas afectadas”.

El artículo 12 de este decreto delegó en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) el establecimiento de “las condiciones de trabajo y licencias” aplicables a estas personas comprendidas en las previsiones del artículo 7º del mismo reglamento impartido por el Poder Ejecutivo.

En Colombia, la Circular 0017, de 24 de febrero de 2020, emitida por el Ministerio de Trabajo, identificó tres grupos de trabajadores expuestos: 1) con *riesgo de exposición directa*, a los trabajadores del sector salud; 2) con *riesgo de exposición indirecta*, aquellos que implican contacto con individuos clasificados como “casos sospechosos” por su contacto con personas en transportes aéreo, marítimo, fluvial y personal, de aseo y servicios generales; y 3) con *riesgo de exposición intermedia*, aquellos trabajadores que en un ambiente laboral pudieron tener contacto o exposición a un caso sospechoso o confirmado y en el cual se pudiera haber generado transmisión del virus de una persona a otra por su estrecha cercanía¹⁶.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, el 20 de abril de 2020 emitió la Resolución N° 1/2020, mediante la cual señaló a los países de la región la necesidad de que toda política pública y medida gubernamental de emergencia y contención frente a la Covid-19 contemple “especiales medidas de protección” y brinde “particular atención a las necesidades e impacto de la enfermedad sobre los derechos de los grupos en especial situación de vulnerabilidad, como lo son las personas mayores, personas con afecciones médicas preexistentes, privados de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, afrodescendientes,

16 Oscar Blanco Rivera, “Análisis legal y constitucional de las circulares emitidas por el Ministerio del Trabajo”, en revista *Actualidad Laboral*, núm. 220, julio-agosto, 2020, p. 13.

discapacitados, trabajadores informales, y personas que viven en pobreza extrema, defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas”.

4. El 19 de marzo de 2020, se dictó el precepto más importante de la etapa: el DNU 297/20. Su artículo 1° reconfiguró el mencionado deber de aislamiento sin adjetivos en un “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (ASPO), a ser cumplido entre el 20 y el 31 de marzo del mismo año; plazo prorrogable “por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”¹⁷. En su artículo 2°, este decreto estableció dos prescripciones de alcance general: la obligación de aislamiento social y la prohibición de circular¹⁸, que incluyeron a su vez el deber de “abstención de concurrir” a los respectivos lugares de trabajo.

Como expresan los fundamentos invocados en los considerandos del Decreto 297/20, la normativa de emergencia emitida en Argentina —incluida la de carácter laboral y social— ha tenido un objetivo amplio: la protección de la salud de la población, que se desagrega en dos subobjetivos: mitigar la propagación del virus y reducir en lo posible el impacto de la epidemia en el sistema sanitario¹⁹.

Tras ese objetivo, se dispuso un aislamiento radical de la población y se prohibió la circulación, con puntuales excepciones establecidas en el artículo 6° del mismo DNU 297/20, para “las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia”, cuyos desplazamientos “deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios”, entre las cuales el propio reglamento menciona al personal de salud y las fuerzas armadas y de seguridad, junto a otros sujetos y actividades²⁰. El mismo artículo faculta a

17 La prórroga del Decreto 297/20 ha sido dispuesta sucesivamente por los DNU: 325/20, de 31 de marzo; 355/20, de 11 de abril; 408/20, de 26 de abril; 459/20, de 10 de mayo; 493/20, de 24 de mayo, y luego, de manera parcial y condicionada, por los DNU 520/20, de 7 de junio; 576/20, de 29 de junio, y 605/20, de 18 de julio, y 754/20, de 23 de septiembre.

18 Osvaldo Maddaloni, “El artículo 223 bis de la LCT en tiempos del coronavirus”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, suplemento digital *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales*, Dossier núm. 4, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020 (RC D 1656/2020), p. 39.

19 Véanse artículo 2° DNU 260/20 y considerandos del DNU 297/20.

20 La extensa enumeración incluye: servicio meteorológico nacional y bomberos; autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; personal del servicio de justicia de turno; personas que deban asistir a otras con discapacidad, familiares que necesiten asistencia, personas mayores, niños, niñas y

la Jefatura de Gabinete de Ministros a decidir la ampliación o reducción de las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y la eficacia que se observe en el cumplimiento de la medida.

La combinación de medidas de aislamiento *vertical* y *horizontal*, con fuertes restricciones a la circulación de personas, fue difundida a escala mundial, con notorias excepciones, como las de Brasil²¹, EE. UU.²², el Reino Unido (en una etapa inicial) y Uruguay, de los cuales solo este último pudo demostrar eficacia en sus políticas, ponderadas en términos cuantitativos de personas infectadas y decesos²³.

Una experiencia singularmente problemática es la de Bolivia, donde no se omitieron medidas destinadas a la prevención del contagio, pero al ser adoptadas de manera vacilante y descoordinada por las autoridades y, a su vez, objeto de una observancia indisciplinada por parte de la población, no evitaron el desborde del sistema de salud y el colapso de la infraestructura funeraria²⁴.

5. Otra norma destacable del período es el DNU 329, del 31 de marzo de 2020, que dispuso una doble proscripción de alto impacto económico y social:

adolescentes; personal afectado a la obra pública, al trabajo en supermercados y comercios minoristas de proximidad, farmacias, ferreterías y veterinarias; provisión de garrafas; industrias de alimentación, de higiene personal y limpieza, de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios; actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca; servicios postales, de limpieza y guardia; actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales; transporte público de pasajeros; transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y gas licuado de petróleo; recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos; casa de moneda y todas las actividades que el Banco Central considere imprescindibles para garantizar el funcionamiento de la cadena de pagos; etc.

- 21 Loureiro Wernek y Sá Carvalho, *op. cit.*; y asimismo Conosur, 19/08/2020, <https://www.telam.com.ar/notas/202008/504075-brasil-coronavirus-aislamiento.html> (Consultado el 5/09/2020).
- 22 El gobierno federal inicialmente subestimó la gravedad de la Covid-19 y se limitó a declarar la emergencia de salud pública y anunciar restricciones de circulación a los viajeros que llegaran de China, además de impartir recomendaciones a los ciudadanos para evitar los viajes internacionales. Luego, diversos estados federados y condados impusieron un distanciamiento social. Vid., entre muchas otras fuentes, *CNN en español*, <https://cnnespanol.cnn.com/2020/05/21/si-estados-unidos-hubiera-comenzado-el-distanciamiento-social-una-semana-antes-aproximadamente-36-000-personas-menos-habrian-muerto-segun-un-estudio/> (Consultado el 5/09/2020).
- 23 *BBC News. Mundo*, 29 de mayo de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52837193> (Consultado el 5/09/2020).
- 24 Véanse: *La Vanguardia*, 16/06/2020, <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200616/481814485629/colapso-sanitario-bolivia-covid-muertos-calle-coronavirus.html>, y *El País*, 18/06/2020, <https://elpais.com/internacional/2020-06-18/la-pandemia-y-la-precariedad-del-sistema-sanitario-dividen-a-bolivia-sobre-la-fecha-de-las-elecciones.html> (Ambos consultados el 29/07/2020).

- a) En su artículo 2º, prohibió “los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor” por el plazo de 60 días, a computarse desde la fecha de su publicación oficial (que tuvo lugar el mismo día de su emisión)²⁵ y
- b) En su artículo 3º, primer párrafo, proscribió igualmente “las suspensiones por las causales de fuerza mayor [y] falta o disminución de trabajo”, exceptuando de esta prohibición —mediante una expresión técnicamente equívoca— “las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo”. Sobre la interpretación y aplicación de ambas normas que afectan a las suspensiones contractuales —la administrativa de emergencia y la legislativa en sentido formal— volveré más abajo.

3. La autoridad de aplicación laboral, legislador por delegación

Dentro del ámbito de normatividad conformado por el derecho del trabajo de la emergencia en la Argentina, como también en otros países, desempeñó un papel destacable la función normativa que, por delegación del DNU 260/20, ha desplegado el MTESS. La actuación de la autoridad de aplicación laboral argentina se distingue de otras, como, por ejemplo, el Ministerio de Trabajo de Colombia, cuyas circulares solo se ajustaron a las leyes vigentes con anterioridad a la emergencia, sin capacidad de modificarlas transitoriamente para adaptarlas a la coyuntura extraordinaria. Conforme explica Oscar Blanco, dichas circulares tuvieron por objeto recordar su existencia para ser aplicadas al momento, ya que no se admite que pretendan limitar o restringir el marco mínimo de derechos y garantías del trabajador ni perder de vista la finalidad de lograr la justicia entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social (artículos 1 y 13 del Código Sustantivo del Trabajo)²⁶.

La concentración de la cartera laboral en la función de “legislador delegado” durante la contingencia sanitaria fue casi absoluta, con resignación de otras funciones propias de su condición de autoridad de

25 Este decreto fue prorrogado sucesivamente por los DNU 487, de 18/05/2020; 624, de 28/07/2020; 761, de 23/09/2020, y 891, de 16/11/2020 (vigente hasta el 31/01/2021).

26 Blanco Rivera, *op. cit.*, p.14.

aplicación que resultan más relevantes en momentos de normalidad, como por ejemplo la fiscalización tanto de centros de trabajo como de procesos electorales intrasindicales.

Del ejercicio de esa facultad delegada, surgieron algunas medidas destacables:

1. La suspensión del “deber de asistencia al lugar de trabajo”, con “goce íntegro de remuneraciones” (Resolución 207/20-MTESS).
2. Una licencia especial para trabajadoras o trabajadores esenciales que, por su condición de progenitores o personas adultas a cargo de niños, niñas o adolescentes, resulte imprescindible su presencia en el hogar para el cuidado de estos mientras se mantuviera la suspensión de clases presenciales en los establecimientos escolares dispuesta por el Ministerio de Educación²⁷.
3. La convocatoria a la concertación social, efectuada junto con el Ministerio de Desarrollo Productivo, a dos grandes actores de las relaciones laborales colectivas: la Confederación General del Trabajo (CGT) y la Unión Industrial Argentina (UIA). El recurso a esta herramienta fundamental de la gobernanza del trabajo fue utilizado con fines normativos. Concretamente, con la finalidad de establecer un marco regulatorio de referencia para los acuerdos de pago de asignaciones no remunerativas al personal suspendido por el DNU 297/20 y la resolución 207/20-MTESS²⁸. El pago de dichas asignaciones es solventado por el Estado hasta 50 % del salario neto que percibió el trabajador en febrero de 2020, con un piso equivalente a un salario mínimo, vital y móvil, y un tope máximo de dos veces el importe de este instituto. Una medida similar se adoptó en Dinamarca, donde el Gobierno alcanzó el acuerdo con empresarios y representantes sindicales que se describe *infra*, en el párrafo VI.1.

27 Res. 207/20-MTESS, artículo 3º: “Dispónese que, mientras dure la suspensión de clases en las escuelas [...], se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar”.

28 El acuerdo tripartito fue incorporado como “anexo” a la Res. 397/20-MTESS, de 29/04/2020.

4. La suspensión de las actividades institucionales de las asociaciones sindicales cuya ejecución requiriera de reuniones de personas, incompatibles con el ASPO, como es el caso de los procesos electorales y las asambleas o congresos, y la disposición complementaria de prorrogar transitoriamente los mandatos gremiales próximos a su vencimiento²⁹. Esta prohibición transitoria de llevar a cabo actividades internas de suma importancia para las organizaciones sindicales, que resulta inobjetable en el marco de la emergencia, en tiempos de normalidad habría constituido una injerencia incompatible con la autonomía sindical que garantizan el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y el artículo 3 del Convenio n° 87 de la OIT.
5. Una reglamentación especial para trámites virtuales y homologaciones de acuerdos individuales y colectivos de pago de “asignaciones no remunerativas”, en términos del mencionado artículo 223 bis de la LCT, para el personal no afectado al cumplimiento de tareas esenciales y dispensado de prestar servicios desde su lugar de residencia³⁰.
Este artículo del ordenamiento laboral ordinario, incorporado a la regulación de emergencia, ha sido la norma jurídica más invocada por las empresas y sindicatos para reducir el costo del mantenimiento de la plantilla cuando se trata de personal que no presta servicios ni de manera presencial ni desde el respectivo lugar de cumplimiento del aislamiento obligatorio.
6. El fomento del trabajo remoto. El MTESS argentino autorizó a todos los trabajadores del sector público nacional, en cualquiera de las modalidades de contratación, a trabajar desde sus domicilios, a excepción de aquellos que prestasen servicios esenciales. Además, se recomendó a las empresas del sector privado que trabajasen con la mínima cantidad de empleados y adoptaran medidas para hacerlo a distancia³¹. Complementariamente, el Ministerio de Desarrollo Productivo, junto a cámaras de empresas de *software* y algunas empresas privadas, puso a disposición de PYME asistencia tecnológica y digital para la utilización de teletrabajo³².

29 Res. 238/20 y 259/20 de la Secretaría de Trabajo de la Nación.

30 Res. 344-MTESS, de 22 de abril de 2020.

31 Christoph Ernst y Elva López Mourelo, *La COVID-19 y el mundo del trabajo en Argentina: impacto y respuestas de política*, Informe técnico, Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, 20 de abril de 2020, p. 23.

32 *Ibidem*.

7. La Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), organismo descentralizado dentro de la órbita del propio ministerio, emitió por su parte recomendaciones sobre “medidas de prevención en ámbitos laborales” y dispuso la provisión gratuita de un “modelo digital de afiche informativo sobre medidas de prevención específicas acerca del coronavirus Covid-19” a todos los empleadores afiliados al sistema³³.

Soluciones diferentes se han adoptado en los demás países del Mercosur. En Brasil, el Gobierno dictó la medida provisoria 927/20, de 22 de marzo de 2020 (con vigencia prorrogada), cuyo artículo 20 estableció que la Covid-19 no sería considerada una enfermedad ocupacional (profesional), salvo que se probare el nexo de causalidad entre la enfermedad y la actividad realizada por el trabajador. En Paraguay, una vez que se comunica un diagnóstico positivo a un trabajador, este puede gestionar el “subsidio por reposo” ante el Instituto de Previsión Social (IPS), como en cualquier caso de enfermedad no profesional, con la sola diferencia de que el trámite puede hacerlo de forma digital, esto es, evitando la gestión personal. Uruguay ha sido el único país del bloque en dedicar una ley del Poder Legislativo para fijar las pautas a seguir en relación con la Covid-19 como enfermedad profesional. La Ley 19.873 (de 16/04/20) dispuso que la enfermedad es considerada de carácter profesional para el personal médico y no médico, incluyendo expresamente al de limpieza y conexo en los centros de salud, que pueda acreditar el contacto fehaciente con el virus en su actividad laboral. En tal supuesto, el afectado puede percibir el 100 % de su salario durante la baja laboral, con un máximo de 45 días de tratamiento y un tope de 10 salarios mínimos mensuales³⁴.

4. Un derecho del trabajo de la emergencia sanitaria

Las particularidades del conjunto de normas “legislativas no parlamentarias” —en palabras de Casas Baamonde— de índole laboral, emitidas durante el estado de emergencia, me llevan a preguntarme si lo que se ha puesto en acción en esta coyuntura crítica es simplemente el derecho del trabajo

³³ Res. 29/20-SRT, de 21 de marzo de 2020.

³⁴ Heder Hernán Piazza, “El tratamiento jurídico del COVID-19 como contingencia en la salud del trabajador en los países limítrofes de Argentina”, en revista *Catorce Bis*, núm. 59, segundo semestre de 2020, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, pp. 68-69.

con la finalidad de intervenir “en” la emergencia³⁵ o si hemos presenciado el surgimiento de un derecho del trabajo propio de la crisis y, por tanto, nuevo, efímero, acotado a la emergencia y destinado a contribuir a alcanzar el objeto de esta (un derecho del trabajo de la emergencia).

A diferencia de otros países³⁶, en Argentina se ha evidenciado esto último: el surgimiento de un derecho del trabajo de la emergencia sanitaria. Intentaré dar razón de esta afirmación.

El problema que encierra la disyuntiva planteada tiene algunas similitudes con el que usualmente afecta al derecho del trabajo en situaciones de crisis *centralmente* económicas. El agregado de la adjetivación obedece a que la crisis actual tiene, desde luego, vastas y profundas derivaciones económicas y sociales, aunque, por su causa y su objeto, es eminentemente sanitaria.

Por su propia esencialidad, el nuevo derecho del trabajo de la emergencia se encuentra sujeto a condiciones de extrema *necesidad* y *temporalidad*³⁷ que lo justifican al mismo tiempo que lo limitan. No podría subsistir una vez agotada la circunstancialidad excepcional que lo motiva, sino a riesgo de corromper su objetivo y sus normas, que se verían afectadas de invalidez por inconstitucionalidad, salvo aquellos institutos que eventualmente la legislación laboral de la normalidad recuperada decidiera mantener o incorporar, como de algún modo lo ha resuelto la muy reciente Ley 27.555 al regular los presupuestos legales mínimos del teletrabajo para el período subsiguiente a la etapa de emergencia³⁸.

35 María Emilia Casas Baamonde, “El derecho del trabajo en la emergencia del COVID-19”, en diario *El País*, Madrid, 22/04/2020, https://elpais.com/economia/2020/04/21/alternativas/1587464536_905491.html

36 Casas Baamonde afirma que, en España, en contraste con lo ocurrido durante las emergencias provocadas por las crisis económicas del siglo pasado y la del sistema financiero global de la primera década de este, el derecho del trabajo y de la seguridad social ha desarrollado en esta emergencia sanitaria medidas extraordinarias para amortiguar sus efectos para las empresas y los trabajadores, propias de un derecho del trabajo que interviene en la emergencia, no de un derecho de la emergencia. Vid. Casas Baamonde, *op. y loc. cit.* Esta opinión, de tan prestigiosa autora, tiene como eje el carácter protector del derecho del trabajo, que ha visto regularmente neutralizado o invertido en situaciones de crisis precedentes.

37 Confalonieri (h) atribuye a las prohibiciones establecidas por el DNU 329/2020 los caracteres de excepcionalidad, temporalidad y generalidad. Véase Juan Ángel Confalonieri (h), “Las prohibiciones emergentes del DNU 329/20, de 31 de marzo”, accesible en el portal web de la AADTySS: [https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/495/Juan%20A.%20Confalonieri%20\(h\).pdf](https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/495/Juan%20A.%20Confalonieri%20(h).pdf)

38 El artículo 19 de la Ley 27.555 advierte que “entrará en vigor luego de noventa (90) días contados a partir de que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio”.

Para dar cuenta de la calificación vertida en los párrafos precedentes, vuelvo sobre la pregunta acerca de si el derecho del trabajo se transforma durante las crisis y, en tal hipótesis, si puede hacerlo sin desnaturalizarse o sin poner en riesgo su esencia protectora del trabajador. Para ello buscaré apoyo en Carlos Palomeque, en las dos funciones que este autor descubre en el derecho del trabajo; lo cual, al paso, me permitirá incursionar en el sentido de la tan expansivamente citada sentencia de Palomeque sobre la relación entre crisis económica y derecho del trabajo, por la que este jurista se refirió a ellos como “compañeros de viaje históricos”³⁹.

Comienzo entonces por la pregunta sobre la razón o el objeto de tal expresión. Es decir, en qué sustenta el ahora profesor emérito de la Universidad de Salamanca su celebrada caracterización de la relación estrecha y recurrente que vincula el derecho del trabajo con las crisis económicas. ¿Implica, acaso, sugerir o de algún modo aceptar que la tutela que dispensa el derecho del trabajo conduce a germinar consecuencias procíclicas?

El derecho del trabajo —sostiene Palomeque— presupone, si no el crecimiento económico, al menos la estabilidad. En estas etapas, este oficia como un “ordenamiento de la distribución de los recursos”, por obra de dos factores: la acción normativa del Estado y la práctica de la negociación colectiva ascendente o de mejora en los derechos de los trabajadores⁴⁰.

En cambio, en etapas de crisis económica, se le exige al derecho del trabajo una transformación en un “derecho de la crisis económica”, es decir, un derecho de producción de riqueza, cuando está claro que no lo es ni puede serlo. Pero, sin embargo, en tales circunstancias, el ordenamiento laboral —continúa razonando Palomeque— redescubre su vocación originaria de instrumento de racionalización económica de las reglas de juego aplicables a las relaciones laborales. Y esto es posible porque el derecho del trabajo —completa el autor citado— cumple dos funciones⁴¹:

39 Manuel-Carlos Palomeque López, “La función y refundación del derecho del trabajo”, en *Relaciones Laborales*, 2000, núm. 13, pp. 21-31, publicado asimismo en *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004, pp. 38-39.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

- a) Una función *objetiva y duradera*, ligada de manera permanente al “conflicto social estructural” que se encuentra en la base misma de la relación de trabajo⁴² y
- b) una función *institucional*, que es el modo de realizar aquella función objetiva, que se subordina naturalmente a las contingencias políticas y las exigencias cambiantes de la evolución del sistema productivo, interpretando así de manera variable el equilibrio estructural que sostiene al derecho del trabajo⁴³.

Por tal razón, el derecho del trabajo no cambia en su esencia ni cambia su función *objetiva*, que es siempre la protección del trabajador. Lo que cambia es su función *institucional*, relacionada con el cómo de esa protección según las circunstancias.

Traída esa notable construcción teórica a las circunstancias de crisis sanitaria con potentes irradiaciones socioeconómicas, y en atención al modo en que ha intervenido en ella el ordenamiento laboral y de la seguridad social en la Argentina, la adaptación del derecho del trabajo a la emergencia fue aún más allá de su *función institucional*, al extremo de adquirir características novedosas y apropiadas para el nuevo contexto. Experimentó una suerte de metamorfosis o “refundación” —palabra que utiliza Palomeque— por la que se constituyó en un derecho del trabajo original, sin antecedentes hasta el momento en el país. un derecho del trabajo de la emergencia sanitaria, construido por causa de la etapa crítica y con el objeto de enfrentarla, más que el derecho del trabajo, tal como lo conocemos, desarrollándose en ella.

Lo dicho conduce linealmente a preguntar ahora de qué modo se ha manifestado esa originalidad del derecho del trabajo en el marco del estado de emergencia declarado ante la pandemia de Covid-19. La pregunta es —sin abandonar la guía de Palomeque— por el cómo de

42 En el pensamiento de Palomeque, el derecho del trabajo tiene su fundamento histórico en la integración e institucionalización, o juridificación, del singular conflicto social que surge con el capitalismo industrial. Como consecuencia de los intereses contrapuestos entre quienes dominan los medios de producción y quienes aportan exclusivamente trabajo dependiente, el conflicto social se encuentra instalado de manera estructural en la propia raíz de la relación de trabajo asalariado. Vid. Manuel-Carlos Palomeque López, *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo español (1873-1923)*, quinta edición, revisada, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 2-5.

43 Palomeque López, “La función y refundación [...]”, *loc. cit.*

la protección, aunque la particularidad del nuevo derecho es tal que requiere, en este caso, indagar asimismo acerca de *quién* o *quiénes* son los sujetos beneficiarios de su tutela.

Sin abandonar su *función objetiva y permanente* de proteger al trabajador, el derecho del trabajo de la emergencia sanitaria compatibilizó la protección de los derechos específicos laborales de los trabajadores con las medidas de sanidad pública, destinadas prioritariamente a custodiar la salud de la población evitando o minimizando las probabilidades de contagio del virus SARS-CoV-2⁴⁴.

A la vez, el legislador laboral de la emergencia, atento al fuerte impacto de esta en las variables económicas, procuró proteger el empleo y el ingreso de los *trabajadores*, redefiniendo este concepto con total amplitud, y además —lo que constituye el rasgo más significativo y propio del derecho del trabajo especial— proveerles a las empresas una *asistencia* excepcional, a las cuales, como contrapartida, les impuso fuertes obligaciones, también extraordinarias, junto a importantes limitaciones en los poderes primarios de organización y dirección, plasmados en los artículos 64 y 65 de la LCT. Y, con todavía mayor intensidad, imposibilitó el recurso a los tres institutos que la ley laboral general concede a los empleadores como válvulas de descompresión o amortiguadores para transitar situaciones críticas o contingencias de mercado, que son el despido sin justa causa o por causas económicas y de fuerza mayor, las suspensiones de este último carácter y el *ius variandi*⁴⁵ (respectivamente, artículos 245 y 247, 219 a 221 y 66 de la LCT).

El ordenamiento sociolaboral de la etapa, como todas las normas de la emergencia sanitaria, es de orden público *absoluto*. Salvo que estas expresamente lo habiliten, no pueden ser modificadas por las partes de las relaciones de trabajo en ningún sentido, porque la protección al trabajador, y también al empleador, se encuentra adaptada y subordinada al objeto prioritario de la normativa de excepción. Prevalece no solo sobre la voluntad de las partes del contrato de trabajo y de la autonomía

44 Acrónimo de su denominación en inglés: “*severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*”.

45 Lo dicho sobre el *ius variandi* es con excepción de la facultad de “reorganización de la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales en condiciones adecuadas de salubridad en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria” que establece el artículo 4º de la Res. 279/20-MTESS.

colectiva —que no pueden apartarse de lo dispuesto en aquella en ningún sentido (ni para empeorar ni para mejorar los derechos del trabajador) ni de su objeto prioritario— y, mientras perdure la etapa crítica, prevalece también sobre la LCT. Es inadmisibles en términos jurídicos la aplicación de normas del régimen laboral ordinario en forma desentendida del contexto y el régimen extraordinario.

5. El desdoblamiento de la protección en el derecho del trabajo de la emergencia

El derecho del trabajo de la emergencia, con la singularidad con que se manifestó en Argentina, tendió a proteger no solo al trabajador —en sentido amplio, incluidos asalariados, autónomos y en formación—, priorizando tres derechos de importancia social preeminente: la salud, el empleo y el ingreso de los dependientes, sino también al empleador.

Al otorgar *protección* a las empresas —a diferencia de lo ocurrido en otras coyunturas críticas—, el legislador de la emergencia sanitaria concibió a aquellas como sujetos tutelados, atendiendo a su condición de entidades con relevancia económica tal que su supervivencia al derrumbe de la demanda interna y externa debía ser apuntalada con miras a la recuperación económica posterior a la pandemia, es decir, mucho más que como fuentes del empleo existente antes del comienzo de la crisis⁴⁶. La bilateralización del principio protector es una característica particular y exclusiva de esta variante especial e inusitada de ordenamiento laboral.

En contraste con las normas que declararon la situación de emergencia omnimoda en la Argentina de diciembre de 2019, con motivo de los infortunios que afectaban a las principales variables macroeconómicas (alta inflación, depreciación monetaria, endeudamiento externo, déficit fiscal y de balanza de pagos, insuficiente creación de empleo, elevado nivel de pobreza, etc.) el ordenamiento laboral coyuntural concentró su atención en la microeconomía, especialmente en los trabajadores y las empresas.

46 En España, el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, pieza central del conjunto de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la Covid-19, hace expreso, en sus fundamentos, su objetivo de “minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore”.

Es cierto que, en principio, el derecho del trabajo excepcional impuso cargas severas a los empleadores —en especial a aquellos que no desarrollan actividades declaradas esenciales en la emergencia— para mantener el empleo y el ingreso de su personal, cual sacrificios en el altar de la salud pública, aun cuando aquellos tuvieran obstruido su acceso al mercado. Como contrapeso, actuando articuladamente con las instituciones de la seguridad social, el nuevo ordenamiento les ha proporcionado beneficios tendentes a permitirles atravesar la crisis con miras a la reactivación de la economía una vez finalizada la etapa traumática⁴⁷.

También es cierto que, en la evolución histórica de la disciplina jurídica, en Argentina y los demás países de América Latina y de Europa, se han reiterado normas laborales y de la seguridad social que, con fines paliativos de las contingencias de mercado o estimulantes de la producción en ciclos de caída de la demanda, han auxiliado a las empresas de manera directa e indirecta (esto último, a través de la reducción de derechos laborales), así en la regulación ordinaria como en la coyuntural. Pero esta vez en la Argentina se ha avanzado más allá, con auténticas medidas de protección; medidas *sociales* de protección *económica* empresarial. No solo de alivio mediante la reducción de gravámenes fiscales, cargas sociales y derechos de los trabajadores.

Además de diferenciarse, en cuanto a este último aspecto, de regulaciones precedentes emitidas en situaciones de crisis y de normalidad, el plexo normativo de la emergencia integra verdaderas medidas *tutelares* que han inaugurado en la Argentina el *asistencialismo empresarial*. Lo que era privativo de las personas humanas en situación de indigencia, pobreza o desempleo —*asistencialismo social*—, en la emergencia sanitaria-económica se extendió a las personas jurídicas, incluidas estratégicamente las que tienen finalidad lucrativa.

47 Tal como lo recomienda el informe conjunto de la CEPAL y la OIT titulado "El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)", *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, núm. 22, mayo 2020, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, p. 36.

6. Medidas propias del derecho del trabajo de excepción

Con la finalidad de brindar protección a trabajadores y empresas, el derecho del trabajo de la emergencia y el derecho de la seguridad social funcionaron de manera articulada para coadyuvar al cumplimiento de las medidas de aislamiento por parte de la población y, asimismo, enfrentar las ramificaciones microeconómicas del problema epidemiológico.

El orden jurídico laboral excepcional se puso de manifiesto en la creación de nuevos institutos y en la modificación sustancial, aunque pasajera, de otros preexistentes en la regulación laboral de la normalidad para su adaptación a las nuevas circunstancias.

Lo que viene a continuación son los cambios más destacables que perfilan al nuevo ordenamiento sociolaboral especial de la emergencia en Argentina.

6.1. Prohibición de los *despidos sin causa* y de los *despidos y suspensiones por causas económicas y por fuerza mayor*⁴⁸

La protección otorgada a los trabajadores en la Argentina se distingue en el escenario de regímenes comparados durante la crisis por su doble carácter de universalidad y radicalidad. Alcanza a todos los trabajadores contra todas las variantes del despido en que opere la voluntad del empleador (despidos sin causa y por causas económicas o de fuerza mayor), oponiéndoles la nulidad del acto. A las empresas, como contrapeso del deber de mantener forzosamente el empleo y abonar una retribución incluso a los trabajadores que no prestan tareas, conforme se anticipó en el apartado precedente y se detallará más abajo, les fueron otorgados otros beneficios.

Solo un aspecto del despido sin causa ha dado lugar a controversia que se ventila principalmente en la jurisprudencia: el que afecta a trabajadores en *período de prueba* (de 90 días, conf. artículo 92 bis de la LCT). El DNU 260/20 guarda silencio al respecto, por lo que la mayoría

48 Tal como se anticipó en el párrafo II.5 del presente, la prohibición proviene del DNU 329/20, prorrogado por los similares 487/20 y 624/20, y afecta los despidos regulados en los arts. 245 y 247 de la LCT y las suspensiones admitidas en los arts. 219 a 223 del mismo régimen laboral general.

de los tribunales, cuya intervención ha sido requerida en procesos cautelares, entendió que cuando la ley no establece distinciones no puede establecerlas quien la interpreta.

De manera similar, se decidió asegurar la estabilidad en el empleo durante la crisis en algunos países europeos, como son los casos de Grecia e Italia⁴⁹ y, sin apelar a la prohibición expresa de despidos, en otros como España y Portugal.

El Gobierno griego decretó que todo despido dispuesto en comercios y establecimientos obligados a cerrar por la pandemia sería declarado nulo y estableció un subsidio de 8.000 euros para quienes hubieran perdido su empleo. En compensación, estableció ayudas a las empresas para mejorar su liquidez, además de aplazamientos en el pago de impuestos y cotizaciones por cuatro meses⁵⁰.

Una de las medidas más importantes en materia sociolaboral adoptadas durante la crisis por el Estado italiano —y la de mayor intensidad en todo el escenario europeo— se encuentra en el artículo 46 del Decreto Ley n° 18, de 17 de marzo de 2020, convertido en Ley n° 27, de 24 de abril 2020, que prohibió a los empleadores, inicialmente por el plazo de 60 días, emprender procedimientos de despidos colectivos por razones económicas u organizativas, con prescindencia de la cantidad de empleados de la empresa⁵¹, así como disponer despidos individuales de conformidad con el artículo 3 de la Ley n° 604/1966 (con causa objetiva justificada por motivos distintos de los disciplinarios) a partir de la fecha de entrada en vigor del propio decreto ley⁵². El plazo fue posteriormente prorrogado hasta enero de 2021 por el Decreto Ley 34/2020. La ley exceptúa de la prohibición a los despidos dispuestos

49 CEPAL-OIT, "El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)", cit., p. 36.

50 *Euronews en español*, 18/03/20, <https://es.euronews.com/2020/03/18/portugal-y-grecia-se-suman-a-las-drasticas-medidas-economicas-ante-el-covid-19>; *El Confidencial*, 18/03/2020, https://www.elconfidencial.com/economia/2020-03-18/grecia-prohibe-despidos-millones-ayudas-coronavirus_2504728/ (Ambos consultados el 1 de junio de 2020).

51 ADAPT Scheda N° 3, *Divieto di licenziamento durante la crisi da COVID-19*, Curata da ADAPT in collaborazione con l'Ufficio per l'Italia e San Marino dell' Organizzazione internazionale del lavoro (OIT), p. 1.

52 Umberto Gargiulo y Vincenzo Luciani, "Emergenza Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti: commento all'articolo 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)", en *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di Olivia Bonardi, Umberto Carabelli, Madia D'Onghia y Lorenzo Zoppoli, *Consulta giuridica*, CGIL Ufficio giuridico –EDIESSE, Roma, 2020, pp. 205-206.

durante el período de prueba, los que recaen sobre trabajadores con la edad máxima para percibir la pensión de vejez y sobre trabajadores domésticos⁵³.

En España, de acuerdo con la doctrina académica mayoritaria, se impuso la conservación de los contratos de trabajo de manera indirecta, sin recurrir a la prohibición expresa del despido, mediante la obligación a los empresarios de preservar el empleo de los dependientes afectados a los denominados *expedientes de regulación temporal de empleo* (ERTE), durante un plazo de hasta seis meses posteriores al término del goce de dicho beneficio⁵⁴. Empero, algunos autores no dudan en afirmar que el artículo 2º del Real Decreto Ley (RDL) 9/2020, de 27 de marzo, denominado de “medidas extraordinarias para la protección del empleo”, introduce la prohibición de extinguir el contrato de trabajo o despedir por causas de fuerza mayor o económicas, tecnológicas o de producción⁵⁵. Otros, en cambio, se preguntan si, de la legislación sociolaboral de emergencia, surge o no una auténtica prohibición de despedir, en tal caso, derivada del citado artículo 2º del RDL 9/2020, y si, dada la ambigüedad terminológica de esta norma⁵⁶, la sanción por su incumplimiento es la nulidad o solo da lugar a calificar al despido como improcedente⁵⁷, lo cual puede generar la readmisión del trabajador, con pago de los salarios de tramitación, o el pago de una indemnización de 33 días de salario por cada año de antigüedad en el servicio.

-
- 53 Ligia Ramia Munerati, “La normativa di emergenza in Italia nell’ambito del diritto del lavoro e della sicurezza sociale”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)*, 2020, vol. V, núm. 1, Editorial Universidad de Sevilla, 2020, p. 45, <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>; <http://dx.doi.org/10.12795/> (Consultado el 1 de junio de 2020).
- 54 Agradezco al profesor Jaime Cabeza Pereiro la información generosamente aportada al autor de este trabajo.
- 55 En tal sentido: Nuria Reche Tello, “El derecho al trabajo en tiempos de excepcionalidad constitucional: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)*, 2020, vol. V, núm. 1, p. 114.
- 56 Artículo 2 del RDL 9/2020: “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP) en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”.
- 57 Cristóbal Molina Navarrete, “La pretendida ‘prohibición de cese laboral’ en tiempos de COVID19: ‘vicios’ de una ‘legalidad (administrativa) sin derecho’”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, octubre 2020, pp. 87-88; Rojo Torrecilla, Eduardo, “Sobre la aplicación de las cláusulas de suspensión de la duración de los contratos temporales, y prohibición de despidos, durante la crisis sanitaria, y sus efectos sobre una decisión empresarial. Notas a la sentencia del JS núm. 3 de Sabadell de 6 de julio de 2020”, en el blog personal del autor, sábado 18 de julio de 2020, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2020/07/sobre-la-aplicacion-de-las-clausulas-de.html> (Consultado 21 de agosto de 2020).

De modo muy semejante, Portugal estimuló la conservación de los contratos de trabajo mediante líneas de crédito accesibles a las empresas bajo la condición de que estas mantuvieran la dotación, recurriendo también a los *expedientes de regulación temporal de empleo* (ERTE), y otorgando subsidios por desempleo. Sin embargo, la Inspección de Trabajo portuguesa fue investida de poderes reforzados durante la emergencia para anular despidos “con indicios de ilegalidad manifiesta”⁵⁸.

En Dinamarca, el Gobierno alcanzó un acuerdo de concertación con empresarios y sindicatos, en virtud del cual el Estado cubrió el 75 % del salario de los trabajadores de las empresas privadas, hasta un máximo de 23.000 coronas danesas brutas (equivalentes a €3.000) mensuales, imponiéndoles condiciones a ambas partes: las empresas asumieron el compromiso de no producir despidos y los trabajadores de consumir cinco días de sus vacaciones o transcurrirlos sin percepción de sueldo⁵⁹.

Al momento del brote de la enfermedad (detectado el 20 de diciembre de 2019), China impuso fuertes restricciones a la circulación y el trabajo con la intención de detener la propagación del virus. Para ello, el 27 de enero de 2020, el Consejo de Estado extendió las vacaciones del año nuevo chino, de los siete días iniciales, hasta el 2 de febrero del mismo año. El 7 de febrero de 2020 el Ministerio de Recursos Humanos y Seguridad Social emitió doce *recomendaciones* sobre la reanudación del trabajo, tendentes a la estabilización de las relaciones laborales y a reanimar el trabajo y la producción de las empresas. Mediante ellas, se impulsó el teletrabajo y se promovieron los permisos retribuidos, la flexibilidad en el horario de trabajo y el otorgamiento de vacaciones al personal. Con el objeto de mantener en vigencia los contratos de trabajo —en un sistema en el que el despido puede decidirse en cualquier momento, salvo casos excepcionales, como embarazo, enfermedad profesional o personas con más de 15 años de antigüedad en la empresa o menos de 5 años para jubilarse—, se obligó a los empleadores a abonar salarios durante la cuarentena obligatoria o el periodo de incapacidad laboral

58 Conf. *Newtral*, 7/04/2020, <https://www.newtral.es/portugal-medidas-pandemia-coronavirus/20200407/> y *Sapo 25, Eco*, 6/04/2020, <https://eco.sapo.pt/2020/04/06/act-diz-que-nao-consegue-assegurar-salario-em-despedimento-ilegal/> (Consultados el 5 de junio de 2020).

59 Europa Press, 21/03/2020, <https://www.20minutos.es/noticia/4195817/0/prohibicion-despidos-sueldos-costa-estado-medidas-europeas-contra-coronavirus-no-sigue-espana/?autoref=true> (Consultado 19 de agosto de 2020).

por contagio, y se alentó la negociación entre empresa y trabajador para trabajar a distancia. En el caso de que existieran probadas razones económicas que pusieran en peligro la estructura de la empresa debido a la crisis sanitaria, el empleador podía negociar con los empleados un ajuste de sus condiciones de trabajo para trabajar por turnos o por horas, de forma que se pudiera evitar, en la mayor medida posible, los despidos masivos⁶⁰.

En Costa Rica se han considerado aplicables las normas del Código del Trabajo sin afectaciones de normas de emergencia, como el artículo 540, que permite a los trabajadores tanto del sector público como del privado, que en virtud de un fuero especial gocen de estabilidad en su empleo o de procedimientos especiales para ser afectados, impugnar por vía sumarísima el despido o cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria. La protección alcanza a: 1) servidores del Estado en régimen de servicio civil; 2) demás trabajadores del sector público; 3) mujeres en estado de embarazo o período de lactancia; 4) trabajadores adolescentes (conf. artículo 91 del Código de la Niñez y la Adolescencia); 5) fundadores y dirigentes de sindicatos, hasta los límites cuantitativos fijados por la ley, y candidatos a ocupar cargos directivos en estos o representantes libremente elegidos por los trabajadores cuando no exista sindicato implantado en la empresa; 6) denunciantes de hostigamiento sexual; 7) delegados en procedimientos de conciliación de conflictos colectivos de carácter económico y social, y 8) quienes gocen de algún fuero semejante mediante ley, normas especiales o instrumento colectivo de trabajo⁶¹.

México y Perú no han decidido medidas especiales para proteger la estabilidad en los empleos. En el caso del primero, la suspensión transitoria de trabajo exime de acudir a los establecimientos productivos, como medida preventiva del contagio y de la propagación del virus, sin perjuicio de lo cual se reconoce a los trabajadores el derecho a recibir el pago íntegro de su salario establecido en sus contratos individuales o colectivos de trabajo. Este derecho no existe para los trabajadores peruanos. En México, si bien incluso en tiempos de normalidad se

60 Álvaro San Martín Rodríguez, "Contexto laboral en la República Popular China. Especial referencia a la influencia del Covid-19", en *Temas Laborales*, núm. 153/2020, pp. 225-229.

61 Expreso mi gratitud al profesor Alexander Godínez por la información aportada para el presente trabajo.

entiende que el patrón no puede terminar una relación laboral si esta se encuentra suspendida, en el supuesto de que el empleador disponga un despido injustificado, **el trabajador afectado** cuenta con el derecho (asegurado por el artículo 123, apartado A, fracción XXII, de la Constitución y el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo) de reclamar el pago de una indemnización de tres meses de salario más una prima de antigüedad.

Párrafo aparte merece el caso singular de Venezuela, donde el Decreto 4167, de 23 de marzo de 2020, ratificó la *inamovilidad laboral* que se encontraba en vigor de manera ininterrumpida desde 2002, cuando fue establecida por primera vez mediante el Decreto 1.472, de 28 de abril de ese año⁶². El efecto de esta inamovilidad —en comentario de Carballo Mena— se traduce en que, una vez cesada la emergencia sanitaria, el trabajador estará obligado a someterse, cuan pronto fuere posible, a disposición del patrono, y este a su vez deberá asegurar a aquel las mismas condiciones de trabajo que imperaban a la fecha en que se produjo la causa de suspensión. Con todo, el trabajador no está obligado a poner su fuerza de trabajo a disposición del patrono de manera efectiva ni este a pagar los salarios (artículo 73 de DLOTTT⁶³), aunque sí deberá continuar cumpliendo con las cotizaciones al sistema de seguridad social. El empleador queda liberado también del pago mensual del “cestaticket socialista”, toda vez que la actividad productiva a su cargo se encuentra directamente afectada por una situación de “emergencia, catástrofe o calamidad pública derivada de hechos de la naturaleza” que impide su desenvolvimiento (artículo 8º, *in fine*, Decreto 2.066, de 23 de octubre de 2015)⁶⁴.

62 Caterina Balasso Tejera, “La autopsia de un decreto. Sobre el contraste existente entre el decreto por el cual se declaró el estado de alarma con ocasión del coronavirus, el marco regulatorio aplicable y la situación vivida en Venezuela desde mediados de marzo de 2020”, en Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*, Allan R. Brewer-Carías, y Humberto Romero-Muci (coords.), Serie Estudios 123, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 159.

63 Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras.

64 César A. Carballo Mena, “Covid-19. Breves notas sobre el influjo en las relaciones de trabajo”, en Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*, Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero-Muci (coords.), Serie Estudios 123, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 547.

6.2. Duplicación de la indemnización por despido (indirecto)⁶⁵

Tal agravamiento indemnizatorio, dispuesto por el DNU 34/19 para regir durante el plazo de 180 días (prorrogado por idéntico período por el DNU 528, del 9 de junio de 2020), es solo aplicable al personal contratado con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto mencionado en primer término y en supuestos de despido indirecto, dado que los despidos sin causa y los fundados en causas económicas y de fuerza mayor —como se ha señalado en el párrafo precedente— fueron prohibidos por el DNU 329/20, del 31 de marzo, y las sucesivas normas que lo prorrogaron.

6.3. Suspensión especial y condicionada de la prestación laboral por el hecho del príncipe

La normativa laboral de la emergencia en Argentina (DNU 329/20) prohibió transitoriamente, además de los despidos no fundados en injuria del trabajador, las suspensiones por causas económicas o de fuerza mayor contempladas en la LCT (artículos 219 a 221). En sustitución de estas últimas, el Gobierno impuso una suspensión circunstancial de tareas que se encuentra implícita en la imposición del deber de aislamiento (ASPO) y la prohibición de concurrir a los centros de trabajo —expresada mediante el oxímoron “deber de abstención”—, con excepción de las actividades y trabajadores declarados *esenciales* en la emergencia⁶⁶.

Es decir, que el aislamiento obligatorio con prohibición de concurrencia a los lugares de trabajo tuvo efectos de *suspensión* de la prestación laboral por imposición del Poder Ejecutivo. Por sus notas de imprevisibilidad e inevitabilidad, los dispositivos normativos emitidos por el legislador de la emergencia para bloquear o minimizar la propagación del virus constituyen —como se ha dicho más arriba— un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, pero no en los términos de la LCT, sino determinado por el *hecho del príncipe*.

65 Que, conforme establece el art. 245 LCT, consiste en “un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor.” La tarifa tiene un límite máximo, equivalente a “tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad”, y un piso mínimo, consistente en un mes de sueldo calculado sobre la misma base.

66 La suspensión por fuerza mayor específica de la emergencia deriva de los arts. 2° DNU 297/20; art. 2° de la Res. 202-MTESS, de 13/03/2020, y art. 1 de la Res. 207-MTESS, de 17/03/2020.

Paradójicamente, la suspensión del trabajo en el marco de la urgencia sanitaria —cuya causa no deja de ser una especie de “caso fortuito o fuerza mayor” en términos del Código Civil y Comercial⁶⁷, en tanto surge de un hecho del soberano⁶⁸, a su vez fundado en la pandemia—, es complementaria del ASPO y da lugar al pago de las ya mencionadas asignaciones dinerarias de carácter no remunerativo.

Esta singular *suspensión* derivada del mencionado tipo de *casus* en el contexto especialísimo de la pandemia⁶⁹, que afecta al contrato de trabajo durante la situación de emergencia sanitaria, es la figura normativa que ha concitado mayor interés y polémica en Argentina, en torno a la naturaleza del instituto y la del *ingreso* que, conforme al propio régimen excepcional, continuaron percibiendo los trabajadores suspendidos.

La suspensión *ad hoc* para la emergencia es distinguible de las mencionadas suspensiones por causas económicas y de fuerza mayor legisladas en el régimen laboral común (LCT), por una serie de características y efectos que diferencian a la primera de las últimas y se detallan a continuación:

- a) La suspensión de emergencia tiene una *causa propia* que, como se expresó más arriba, consiste en la decisión gubernamental (hecho del príncipe) fundada en la pandemia y diferenciada de las causales enunciadas en los artículos 220 y 221 de la LCT (“falta o disminución de trabajo no imputable al empleador” y “fuerza mayor debidamente comprobada”). Por lo tanto, la primera, por sí misma, cumple con el requisito de ausencia de factores de imputación de

67 Ambos conceptos han sido unificados por el art. 1730 del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC): “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. Este código emplea los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos”.

68 De manera análoga, Carballo Mena observa que “la suspensión de actividades productivas ordenada por el Ejecutivo Nacional [venezolano], produjo la inexorable suspensión de las respectivas actividades laborales [...]. Tratándose de una cuarentena impuesta por el Ejecutivo Nacional, como medida preventiva ante el riesgo de contagio de la COVID-19, se configuraría —más específicamente— un hecho del príncipe o del soberano”. Vid. Carballo Mena, *op. cit.*, pp. 545-546.

69 En México, el Consejo de Salubridad General, en acuerdo publicado oficialmente el 30 de marzo de 2020, calificó la contingencia extraordinaria originada en la pandemia como “emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor”. Conf. Carlos de Buen Unna, “El Covid-19 y las relaciones de Trabajo. Tercera parte”, Portal informático del Bufete de Buen, 31/03/2020, <http://www.bufetedebuen.com.mx/blog/el-covid-19-y-las-relaciones-de-trabajo-parte-iii> (Consultado el 1º de octubre de 2020).

responsabilidad al empleador respecto de la falta o disminución de trabajo y, asimismo, exime de la comprobación de la fuerza mayor con que la LCT condiciona a la segunda.

- b) La imposibilidad de cumplir la prestación laboral suspendida por el régimen específico de la urgencia es sobreviniente e insuperable, y es *absoluta*, aunque —a diferencia de lo que acontece en el derecho civil de las obligaciones— *temporal*, y también *objetiva*, es decir, ajena a las condiciones personales del trabajador y el empleador⁷⁰.
- c) En relación con lo precedente, por disposición del artículo 2º del DNU 529, del 9 de junio de 2020, la suspensión originada en la emergencia no está ligada a los límites y condiciones legales que refiere el artículo 68 de la LCT para poner en pausa la prestación del trabajador por “razones económicas”, esto es, el requerimiento de justificación de estas suspensiones “en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, las convenciones colectivas y los reglamentos de empresa, si los hubiere, cuidando de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa”.
- d) De acuerdo con el DNU recién citado, la suspensión específica y excepcional de la emergencia tampoco está sujeta a los plazos resolutorios máximos establecidos en los artículos 220, 221 y 222 de la LCT⁷¹, sino a la duración indefinida de las medidas dispuestas para sobrellevar la crisis sanitaria.
- e) En contrapunto a lo que prevé el artículo 222 de la LCT⁷² para las suspensiones por fuerza mayor, la suspensión de la emergencia no habilita al trabajador a ponerse en situación de despido indirecto, en tanto carece de plazos máximos de duración, ni da lugar a impugnación por parte del dependiente. Debido a esto último, el trabajador no tiene el derecho a percibir *remuneración*, en el sentido estricto de este concepto, en los términos y condiciones establecidos por el artículo 223 de la LCT.

70 Marcelo J. López Mesa, “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 29/04/2015 (AR/DOC/1264/2015), pp. 1-2.

71 Conforme prescribe expresamente el DNU 529/20.

72 “Artículo 222.- Situación de despido. Toda suspensión dispuesta por el empleador de las previstas en los artículos 219, 220 y 221 que excedan de los plazos fijados o en su conjunto y cualquiera fuese la causa que la motivare, de noventa (90) días en un (1) año, a partir de la primera suspensión y no aceptada por el trabajador, dará derecho a este a considerarse despedido. Lo estatuido no veda al trabajador la posibilidad de optar por ejercitar el derecho que le acuerda el artículo siguiente”.

- f) La normativa de emergencia (artículo 8° del DNU 297/20) dispone el goce íntegro del *ingreso habitual* de los trabajadores del sector privado durante la vigencia del ASPO, pero autoriza a abonar a los trabajadores eximidos de prestar tareas la compensación o asignación dineraria “no remunerativa” prevista en el artículo 223 bis de la LCT. Este precepto del ordenamiento laboral de la normalidad rige durante la emergencia en virtud de la remisión expresa formulada por el artículo 3°, segundo párrafo, del DNU 329/20. Esta remisión de la norma de emergencia al dispositivo legal mencionado requiere de ciertas observaciones complementarias que verteré más abajo.
- g) Como última nota diferencial entre la suspensión específica de la emergencia y la del artículo 221 de la LCT, destaco que la primera, en tanto tiene su fuente en decisiones gubernamentales motivadas por la pandemia, no requiere de la tramitación del *procedimiento preventivo de crisis*, establecido en la ley 24.013, cualquiera fuere el número y el porcentaje de la dotación de trabajadores suspendidos⁷³.

6.4. Licencia remunerada por cuidado de niños y adolescentes

El artículo 3° de la Resolución 207/20-MTESS otorga una *licencia* con goce de salarios (expresada como “justificación de inasistencia”) a las trabajadoras o trabajadores declarados esenciales cuya presencia en el hogar resulta indispensable para el cuidado de niños, niñas o adolescentes, mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por la Resolución 108/20 del Ministerio de Educación de la Nación.

El mismo artículo impone al trabajador la carga de notificar la circunstancia a su empleador, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que este pueda ejercer un “adecuado control”, y aclara que podrá acogerse a este beneficio solo un progenitor o persona responsable por hogar.

73 El art. 98 de la Ley 24.013 dispone: “Con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del 15 por ciento de los trabajadores en empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10 por ciento en empresas de entre 400 y 1.000 trabajadores; y a más del 5 por ciento en empresas de más de 1.000 trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis [...]” El procedimiento, que debe tramitarse ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (conf. art. 99, ley cit.), tiene similitudes con el *expediente de regulación de empleo* (ERE) establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores español, en el que se inspiró el legislador argentino.

El enunciado normativo del beneficio y la ubicación del dispositivo que lo contempla dentro del articulado de la resolución —a continuación de la enumeración de los trabajadores comprendidos en la suspensión examinada en el párrafo precedente (artículo 1º) y de aquellos cuyas tareas habituales u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento (artículo 2º)—, todo ello, sumado a la justificación *ex lege* de la inasistencia al trabajo, denotan que consiste en una figura distinta de la suspensión, esto es, una *licencia* por tiempo indeterminado destinada a trabajadores esenciales, mientras se mantengan cerrados los establecimientos escolares, y con goce de *salarios* en sentido técnico estricto del concepto.

Las normativas de emergencia de Portugal e Italia contienen un beneficio similar. El Gobierno luso otorgó una prestación para los trabajadores necesitados de permanecer en sus hogares cuidando de sus hijos debido al cierre de las escuelas. El italiano —mediante el Decreto Ley n° 18, del 17/03/2020, denominado *Decreto Cura Italia*— estableció, en su artículo 23, un tipo especial de licencia en beneficio de los asalariados del sector privado que fueran padres o madres (incluidos los adoptivos y de crianza) de niños menores de 12 años. La licencia tiene una duración máxima de 15 días y puede ser utilizada por ambos progenitores solo de manera alternada, no conjunta, y aunque quien usufructúe la licencia se desempeñe en régimen de teletrabajo ("*lavoro agile*"). Durante el goce de licencia especial, el trabajador debe percibir una asignación dineraria equivalente al 50 % de su salario. De acuerdo con el apartado 8 del mismo artículo, el trabajador en goce del beneficio puede optar por la sustitución de la licencia por el pago de una bonificación de hasta 600 euros para el pago de servicios de niñera ("*bonus baby sitting*"). La suma es independiente del número de hijos menores de 12 años. Para los progenitores, tutores o guardadores de menores de entre 12 y 16 años, dado el mayor grado de autonomía de estos en relación con los de menos de 12 años, la norma reconoce el derecho del trabajador a ausentarse por el período de suspensión del ciclo educativo, pero sin percibir la asignación⁷⁴.

74 El Decreto *Cura Italia* concedió también a los trabajadores con necesidad de asistir a una persona gravemente discapacitada, un permiso de hasta 12 días para ser utilizados en los meses de marzo y abril de 2020. Vid. Ilario Alvino, "Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Decreto legge 'Cura Italia': strumenti di sostegno del reddito e delle esigenze di assistenza dei lavoratori subordinati e autonomi", in *Treccani magazine diritto*, <https://www.treccani.it/>

El decreto ley concede un beneficio análogo a los trabajadores autónomos. El artículo 23 les reconoce el derecho a una licencia especial de 15 días para el cuidado de niños menores de 12 años como consecuencia de la suspensión de los servicios educativos (salvo que padezcan discapacidades graves, en cuyo caso no se aplica el límite de edad). Asimismo, les otorga un subsidio para el cuidado de niños que puede alcanzar hasta el 50 % del salario diario convencional establecido anualmente por la ley, en función del tipo de trabajo autónomo realizado. Los autónomos también tienen a su alcance la opción de solicitar la sustitución de la licencia especial por el pago del *bonus baby sitting* en las mismas condiciones que los trabajadores subordinados⁷⁵.

6.5. Ampliación coyuntural del campo de abarcatividad de la protección de los trabajadores

Tal expansión de la protección por parte del régimen laboral de excepción, en relación con el ordenamiento laboral ordinario, se cifra en la inclusión en él, de manera indiferenciada, del personal contratado bajo locaciones de servicio y otras formas no laborales⁷⁶.

Esta inclusión excepcional y transitoria de trabajadores autónomos en la cobertura tutelar del derecho del trabajo en condiciones idénticas a las de los asalariados no encuentra paralelo en la normativa de emergencia de otros países.

6.6. Alteraciones en los derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo

1. Los deberes de diligencia y colaboración del trabajador (asistencia regular y puntualidad), establecidos en el artículo 84 de la LCT, no son exigibles a los trabajadores alcanzados por la suspensión dispuesta

magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Alvino_Tutela_del_lavoro_e_emergenza_da_COVID-19_Decreto_legge_Cura_Italia.html

75 *Ibidem*.

76 Los artículos 3° de las Resoluciones 276/20-MTESS y 279/20-MTESS decidieron, con idéntico texto, que: "Están incluidos dentro del concepto de trabajadores y trabajadoras quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicio reguladas por el decreto N° 1109 del 28 de diciembre de 2017, aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo y las pasantías, como así también las residencias médicas comprendidas en la ley N° 22.127 y los casos de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios". El aquí mencionado Decreto 1109/17 faculta al jefe de Gabinete de Ministros, los ministros y secretarios de la presidencia de la nación, la Casa Militar y las entidades descentralizadas y fondos fiduciarios, a contratar personas humanas para "la prestación de servicios profesionales autónomos que sean necesarios para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos o programas especiales" por un plazo de hasta doce meses (art. 1, dec. cit.).

por el artículo 1° de la Resolución 207/20-MTESS, que comprende: a) trabajadores mayores de 60 años, excepto los considerados “personal esencial”, lo cual incluye expresa y especialmente a todos los que prestan servicios en el sector de la salud; b) trabajadoras embarazadas, y c) trabajadores incluidos en los grupos de riesgo definidos por la autoridad sanitaria nacional⁷⁷.

Están obviamente eximidos del deber de asistencia los trabajadores y trabajadoras esenciales que resulten beneficiarios de la ya mencionada licencia remunerada por necesidad de permanencia en el hogar para el cuidado de niños, niñas o adolescentes (artículo 3° de la Resolución 207/20-MTESS).

2. Los deberes correlativos de estar a disposición, para el trabajador (artículo 197 de la LCT), y de dar ocupación, para el empleador (artículo 78 de la LCT), fueron implícitamente enervados, salvo para los trabajadores y actividades declarados “esenciales en la emergencia” (artículo 6° del DNU 297/20⁷⁸).
3. Tal como se anticipó en el apartado IV, sufrieron importantes alteraciones y nuevas limitaciones los poderes de organización y dirección del empleador⁷⁹, y su herramienta principal, el *ius variandi*, cuyo ejercicio solo fue admitido para la reorganización de la jornada del “personal esencial” (artículo 4° de la Resolución 279/20-MTESS⁸⁰).

77 De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1° de la Res. 207/20-MTESS, a la fecha de dictado de esta norma, dichos grupos incluían a pacientes de: “1. Enfermedades respiratorias crónica: enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo. 2. Enfermedades cardíacas: Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas. 3. Inmunodeficiencias. 4. Diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses”.

78 “Artículo 3°.- [...] mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por [...] el Ministerio de Educación de la Nación [...], se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar”.

79 Principalmente derivadas de los DNU 260/20 y 297/20 y del artículo 1° de la Res. 279/20-MTESS. Este último reza que: “Los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’ quedarán dispensados del deber de asistencia al lugar de trabajo. Cuando sus tareas u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento deberán, en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada”.

80 “Artículo 4°.- La reorganización de la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales en condiciones adecuadas de salubridad en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria, será considerado un ejercicio razonable de las facultades del empleador”.

6.7. Declaración de actividades como servicios esenciales a los fines de la emergencia sanitaria, no del ejercicio del derecho de huelga⁸¹

La calificación, que surge del DNU 297/20 y la decisión administrativa del jefe de Gabinete de Ministros n° 429/20, tiene por objeto permitir el funcionamiento de servicios imprescindibles para la población en el contexto de la pandemia y eximir a los trabajadores afectados del cumplimiento de las medidas de ASPO y prohibición de la circulación. Comprende, entre otras actividades: atención médica; transporte; producción, distribución y venta de alimentos, y productos de higiene y medicamentos.

6.8. Restricción al ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos

Las estrictas disposiciones de aislamiento de la población y restricción del ejercicio de libertades civiles y otros derechos fundamentales inespecíficos⁸², laboralizados o no, como los de reunión, manifestación, uso del espacio público, circulación, entrada y salida del territorio argentino⁸³ y hasta el ejercicio de la libertad de culto en su faz social o colectiva⁸⁴. Solo se permitieron desplazamientos mínimos e indispensables para el aprovisionamiento de alimentos, artículos de limpieza y fármacos (artículo 2° del DNU 297/20).

No es ocioso recordar, al respecto, que tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional en Argentina (artículo 75.22 de la CN), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁵ y el

81 He abordado el tema en mi trabajo "Las actividades y servicios caracterizados como esenciales por la normativa de emergencia sanitaria: ¿son servicios esenciales a los fines de limitar el derecho de huelga?", publicado en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, edición online, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Boletín diario del 24/04/2020 (RC D 1662/2020), y asimismo en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, octubre 2020, pp. 146-164 (<https://doi.org/10.24310/rejls.vi1.10415>).

82 La calificación de derechos fundamentales inespecíficos corresponde también a Palomeque. Véase Manuel-Carlos Palomeque López, "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, 1ra edición, Universidad de Salamanca, 2004, p. 166, publicado originalmente en A. V. Sempere Navarro (dir.) y R. Martín Jiménez (coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 229-248.

83 Mediante DNU 260/20, artículo 2°, incisos 5 y 12, y arts. 7°.1.b y 9°.

84 Artículo 5°, primer párrafo, DNU 297/20: "Durante la vigencia del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas".

85 El artículo 22 de la Convención establece: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país,

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), permiten restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en situaciones excepcionales, siempre que esas restricciones se encuentren “previstas en la ley, sean necesarias para proteger [...] la salud [...] o los derechos y libertades de terceros” (artículo 12, apartado 3, del PIDCP).

En algunos países se recurrió a medidas extremas como el toque de queda. Así lo han decidido República Dominicana, entre las 5:00 p. m. y las 6:00 a. m., y Panamá, entre las 21:00 y las 5:00 del día inmediato posterior. De modo análogo, en Perú, el Gobierno ordenó la “inmovilización social obligatoria” desde las 20:00 horas hasta las 5:00 del día siguiente. Otros países dispusieron un toque de queda parcial sobre determinados territorios: Francia impuso, a mediados de octubre, un “confinamiento nocturno”, de 21:00 a 6:00, en París, Lyon y otras seis ciudades; Ecuador hizo lo propio en la provincia de Guayas. España lo estableció el 25 de octubre ante el fuerte resurgimiento de la enfermedad posterior al verano, acompañando la medida con el otorgamiento de poderes extraordinarios al Gobierno. Chile y Uruguay decidieron cerrar sus respectivas fronteras con Argentina.

6.9. Gratificación extraordinaria de carácter pecuniario y no remunerativo

El otorgamiento de la asignación extraordinaria adicional de carácter pecuniario y no remunerativo, denominada “asignación estímulo a la efectiva prestación de servicios”, es exclusivo para el personal sanitario de los sectores público y privado (DNU 315, de 26 de marzo de 2020).

6.10. Presunción del carácter de enfermedad profesional de la Covid-19⁸⁶

Mediante el DNU 367, de 13 de abril de 2020, se estableció expresamente una presunción de que la Covid-19 es una enfermedad de carácter profesional para los trabajadores que desempeñan de actividades declaradas esenciales, mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento obligatorio.

inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

86 La Covid-19 no se encuentra incluida en el listado de enfermedades profesionales que surge del artículo 6°, apartado 2, inciso b), de la Ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo (LRT).

Como complemento de esta disposición, el decreto citado ordenó a las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART) no rechazar la cobertura de la contingencia mencionada precedentemente, obligándolas a “adoptar los recaudos necesarios para que, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral acompañada del correspondiente diagnóstico”, el trabajador damnificado reciba en forma inmediata las prestaciones establecidas en el régimen de riesgos del trabajo (Ley 24.557 con sus normas modificatorias y reglamentarias).

6.11. Afectación de otros institutos previstos en las leyes de la normalidad

1. El *período de prueba*, regulado en el artículo 92 bis de la LCT, se encuentra neutralizado por la prohibición de despedir sin causa que establece el DNU 329/20, en tanto este no establece distinciones (“*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”), y porque no puede soslayarse que la LCT ha sido traspuesta a un lugar de supletoriedad de las normas de orden público absoluto de la emergencia.
2. El procedimiento preventivo de crisis, durante la emergencia, fue relegado en los hechos a situaciones de supervivencia *in extremis* de empresas⁸⁷.

6.12. Ingreso familiar de emergencia

La especificidad del ordenamiento sociolaboral de emergencia se manifiesta asimismo en el otorgamiento del *Ingreso Familiar de Emergencia* (IFE), creado por el Decreto 310, de 23 de marzo de 2020, con la finalidad de beneficiar a tres tipos de trabajadores en situaciones de precariedad absoluta o dependencia económica de subsistencia: a) trabajadores informales cuyo grupo familiar no recibiera ingresos provenientes de un trabajo en relación de dependencia en el sector público o privado; b) trabajadores y trabajadoras de casas particulares, y c) autónomos *monotributistas sociales* y monotributistas de las dos categorías contributivas más bajas (A y B).

87 Por el reemplazo de las causas de suspensiones colectivas por la normativa de emergencia y la institución de un nuevo procedimiento digital de homologación expeditiva mediante la Res. 397-MTESS, de 29 de abril de 2020.

En República Dominicana, la Resolución n° 7, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio de Trabajo instó a los empleadores que debieron cerrar sus establecimientos, a otorgar vacaciones remuneradas a todos los trabajadores que las tuvieran pendientes de goce. Para los trabajadores que no se encontraran en tal situación, la norma exhortó a anticiparles una semana de vacaciones más una semana de licencia con pago de haberes a cargo de la empresa. Asimismo, el Decreto Presidencial n° 143, de fecha 2 de abril de 2020, creó el Fondo de Asistencia Solidaria al Empleado (FASE), que dispuso: a) un subsidio de RD\$8500 (aprox. US\$160.00) a trabajadores suspendidos, nunca mayor de un 70 % del salario cotizable a la seguridad social de febrero de 2020; b) un subsidio de RD\$5000 (aprox. US\$94.00) al trabajador que continuó laborando en empresas autorizadas. Se excluyó de este subsidio a sectores como supermercados, farmacias, empresas de agricultura, seguridad privada, logística y productos terminados para la industria, agroindustria y alimentos, explotación de minas y canteras, industria de alimentos, almacenes de expendio de alimentos, sector financiero, aseguradoras de riesgo laboral (ARL), administradoras de fondos de pensiones (AFP), multimedios, generación de energía, salud, universidades, telecomunicaciones y ONG que reciban fondos del Estado⁸⁸.

En Venezuela se adoptó el bono “Quédate en casa”⁸⁹; en Brasil se otorgaron pagos de emergencia para trabajadores informales (conocidos como “coronavouchers”).

En España, el RDL 8/20, de 17 de marzo, estableció una prestación extraordinaria por cese en la actividad para los trabajadores autónomos afectados por el estado de alarma, con una vigencia limitada a un mes desde su declaración, o hasta el último día del mes en que finalice dicho estado de alarma. Son beneficiarios los trabajadores autónomos cuya actividad se suspenda o su facturación en el mes anterior al que se solicita

88 Javier Suárez, “República Dominicana”, en Fábio Túlio Barroso, Graciane Rafisa Saliba y Jaddy Ladrón de Guevara Landa (orgs.), *Medidas laborales adoptadas en América Latina por la pandemia de Covid-19*, Subsección Americana de Jóvenes Juristas, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS), Solve – Soluções Tecnológicas e Imagem Digital, Belo Horizonte, 2020, pp. 59-60.

89 Carballo Mena, *op.cit.*, p. 545. Este autor descarga una dura crítica en torno a la utilización política del beneficio, respecto del cual señala, “sin desconocer su pertinencia”, que “resulta imperativo advertir, desde una perspectiva jurídica, que la ausencia de normativa sobre el alcance del referido programa asistencial genera obvia inseguridad y facilita su utilización como instrumento de sumisión política y control social”.

la prestación se reduzca en un 75 % con el promedio de facturación del semestre anterior. El beneficio es extensible a los socios trabajadores de cooperativas⁹⁰.

6.13. Asistencialismo para empresas

Como se expresó al comienzo de este apartado V, el derecho del trabajo específico de la emergencia actuó de manera articulada con el derecho de la seguridad social para conformar un ordenamiento asistencial no solo en beneficio de trabajadores —como, v.gr., el IFE, descrito en el punto precedente— sino también de empresas.

El accionar conjunto de normas rectoras de conductas y prestaciones dinerarias directas e indirectas contempla estos beneficios principales para empresas y microemprendedores:

1. La creación del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción (conocido como Programa ATP), por el artículo 2° del DNU 332/20 (modificado por los DNU 376 y 621 de 2020), que combina las siguientes ventajas, susceptibles de acumulación:
 - a) La postergación o reducción de hasta el 95 % en las contribuciones patronales⁹¹ al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), creado por la Ley 24.241.
 - b) Un “salario complementario” para trabajadores del sector privado, abonado por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) que, pese al adjetivo “adicional” en su denominación, no suplementa al salario, sino lo integra⁹²; son beneficiarios de esta prestación los sujetos que cumplan con determinadas condiciones⁹³.

90 José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta, “La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 23, p. 19.

91 El artículo 2° del DNU 332/20, modificado por su similar 376/20, solo hace referencia a “contribuciones patronales”, con lo que deja al margen los aportes del trabajador que debe retener el empleador para ingresarlos al SIPA.

92 En un 50 % del salario neto del trabajador correspondiente al mes de febrero de 2020, que no puede “ser inferior a una suma equivalente a un salario mínimo, vital y móvil ni superar dos salarios mínimos, vitales y móviles, o al total del salario neto correspondiente a ese mes”.

93 Conf. art. 3° DNU 332/20, sustituido por DNU 621, de 27 de julio de 2020, deben dar cumplimiento a “uno o varios de los siguientes criterios: a. Actividades económicas afectadas en forma crítica en las zonas geográficas donde se desarrollan. b. Cantidad relevante de trabajadores y trabajadoras contagiados y contagiadas por el COVID-19 o en aislamiento obligatorio o con dispensa laboral por estar en grupo de riesgo u obligaciones de cuidado

- c) Crédito a “tasa cero” para pequeños contribuyentes y trabajadores autónomos.
 - d) Prestaciones por desempleo⁹⁴.
2. La reducción, por el plazo de 90 días, del 95 % de las contribuciones destinadas al SIPA⁹⁵ que deben tributar los empleadores pertenecientes a los servicios, establecimientos e instituciones relacionadas con la salud.
 3. La orden dirigida conjuntamente a la autoridad de aplicación laboral y al Comité de Administración del Fondo de Garantías Argentino (FoGAR), creado por la Ley 25.300, de constituir un Fondo de Afectación Específica, con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso de las micro, pequeñas y medianas empresas, certificadas como tales, a préstamos para capital de trabajo, incluido el repago de préstamos para solventar salarios, aportes y contribuciones al sistema de seguridad social y la cobertura de cheques de pago diferido (DNU 326/20).

En Francia, el Estado, como “medida excepcional y de alcance masivo”, asumió a su cargo el pago del 100 % del subsidio por desempleo parcial a las empresas perjudicadas por la pandemia⁹⁶.

En Portugal, el Gobierno puso en marcha líneas de crédito accesibles a las empresas, bajo la condición de que estas mantuvieran los puestos de trabajo, y una prestación para los trabajadores que deben quedarse en casa cuidando de sus hijos por el cierre de las escuelas. También se ha permitido a las empresas aplazar, hasta en dos terceras partes, sus contribuciones a la seguridad social y el pago de varios impuestos, además de prorrogarse automáticamente los subsidios por desempleo, los complementos que reciben los ancianos con bajos ingresos y las rentas sociales para las personas en situación de pobreza.

familiar relacionadas al COVID-19. c. Reducción real de la facturación con posterioridad al 12 de marzo de 2020”.

94 Establecidas en las Leyes 24.013 y 25.371, esta última es específica para los trabajadores de la industria de la construcción.

95 Conf. art. 1° del DNU 300, de 19 de marzo de 2020, cuya vigencia fue prorrogada por 60 días por el DNU 545, de 18 de junio de 2020.

96 Portal web oficial: <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/les-actions-du-gouvernement>

7. La suspensión impuesta por el Estado (y prohibida para las partes) con pago de asignación dineraria no remunerativa

He anticipado, en el apartado II de este estudio, que el DNU 329/20 prohibió “las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución del trabajo no imputable al empleador” previstas en la LCT, y asimismo advertí que el decreto contempla una excepción a tal prohibición utilizando una expresión técnicamente defectuosa, en cuanto hace referencia a las suspensiones “efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo” (artículo 3º, primer párrafo del DNU cit.).

El defecto reside, precisamente, en la inapropiada mención a suspensiones “efectuadas” en los términos del artículo 223 bis de la LCT, cuando esta norma nada dice sobre la posibilidad de *efectuar* suspensiones, verbo que, en la vulgata de las relaciones laborales, durante la etapa crítica, ha sido interpretado como “pactar” o “acordar” suspensiones de manera individual o colectiva por sobre la suspensión determinada por la normativa de emergencia. Recordemos que las suspensiones fundadas en causas económicas y de fuerza mayor previstas en la LCT se encuentran expresamente prohibidas durante la emergencia, por los DNU 297/20 y 329/20. A su vez, los trabajadores no declarados esenciales en la etapa han sido suspendidos por estos decretos, acompañados por las Resoluciones 202/20 y 207/20 del Ministerio de Trabajo⁹⁷.

Lo que sí permite el artículo 223 bis de la LCT —en tiempos de normalidad y vigencia plena del régimen laboral común— no es acordar nuevas suspensiones, sino abonar asignaciones dinerarias de carácter “no remunerativo” a trabajadores que se encuentran —subrayo: dentro

97 Art. 2º de la Res. 202-MTESS, de 13 de marzo de 2020, y artículo 1º de la Res. 207-MTESS, de 17/03/2020. Ambas normas, con textos casi idénticos, expresan: “Suspéndase el deber de asistencia al lugar de trabajo por el plazo de catorce (14) días, con goce íntegro de sus remuneraciones, a todos los trabajadores y las trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en los incisos a), b) y c) de este artículo, cualquiera sea la naturaleza del vínculo jurídico de que se trate, considerándose incluidos a estos efectos también a quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicios reguladas por el Decreto N° 1109/2017, aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo, pasantías y residencias médicas comprendidas en la Ley N° 22.127 [...]. a) Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta (60) años de edad, excepto que sean considerados ‘personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento’. Se considerará ‘personal esencial’ a todos los trabajadores del sector salud. b) Trabajadoras embarazadas. c) Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional”.

del contexto de la LCT— en situación de suspensiones “fundadas en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, que hayan sido pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación [...] cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo”⁹⁸.

En los sistemas comparados, las respuestas en cuanto a la situación del personal suspendido no fueron homogéneas.

Por ejemplo, en Portugal se estableció un complemento monetario, abonado en julio de 2020, directamente a los trabajadores que hubieran padecido una reducción de sus ingresos como resultado de la pandemia. Este beneficio se aplicó a todos los trabajadores con ingresos de hasta €1.270,00 (a febrero de 2020) y que hubieran sufrido una pérdida de salario base por haber estado en suspensión durante un mes entre abril y junio de 2020. El complemento remuneratorio es de un importe equivalente a la pérdida de ingresos de un mes de suspensión, dentro de una escala que va de 100,00 a 351,00 euros.

En China, el empleador que hubiera suspendido las operaciones comerciales como resultado de la Covid-19, debió pagar la primera nómina de los trabajadores sin ningún tipo de descuento. Luego de esta primera, la empresa debió pagar un salario no inferior al mínimo local a aquellos empleados que hubieran realizado algún trabajo y pagar una “tarifa de vida” a aquellos que no hubieran acudido a trabajar. En ningún caso a los empleadores les estuvo permitido aplicar a los empleados “permisos sin sueldo” ni “licencias no remuneradas”⁹⁹.

98 “Artículo 223 bis. Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes Nros. 23.660 y 23.661”. (Estas leyes a las que remite el artículo componen respectivamente los subsistemas de seguridad social de las obras sociales y del Seguro Nacional de Salud).

99 San Martín Rodríguez, “Contexto laboral en la República Popular China. Especial referencia a la influencia del Covid-19”, cit., p. 229.

En México, la autoridad sanitaria federal ordenó “evitar la asistencia a centros de trabajo, espacios públicos y otros lugares concurridos, a los adultos mayores de 65 años [...] y grupos de personas con riesgo a desarrollar enfermedad grave y/o morir a causa de ella”, lo cual incluye, entre otras personas, a mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y a personas con discapacidad, enfermedades crónicas o con supresión del sistema inmunológico, quienes, “a manera de permiso con goce de sueldo, gozarán de su salario y demás prestaciones establecidas en la normatividad vigente”. Carlos de Buen interpreta que el término *evitar*, en este caso significa prohibir y, si bien no implica necesariamente que las personas referidas dejen de prestar sus servicios, el impedimento para que concurran a los centros de trabajo y a los otros lugares señalados les imposibilita hacerlo, salvo en los casos en que puedan trabajar a distancia (“*home office*”) ¹⁰⁰.

Mayores diferencias presenta el caso de Perú, donde el Decreto de Urgencia n° 38/2020 permitió a los empleadores, con la sola presentación de una declaración jurada ante la autoridad de trabajo, disponer la suspensión de su personal, sin pago de compensación económica, hasta 30 días después de terminada la emergencia, lo cual implica — crítica Adolfo Ciudad— un extenso período semestral, susceptible de prorrogarse por un decreto supremo, sin percepción de ingresos, a pesar que en el país no existe un seguro de desempleo ¹⁰¹.

7.1. Efectos de la remisión al artículo 223 bis de la LCT

Hemos dicho, párrafos arriba, que el artículo 223 bis de la LCT ni en contexto de normalidad ni en el de la emergencia, autoriza a celebrar acuerdos de suspensión por fuerza mayor o causas económicas. Solo permite estipular el pago de asignaciones de carácter “no remunerativo” al trabajador en el caso de que este no deba prestar tareas por efecto de una suspensión que previamente haya sido acordada por la autonomía individual o colectiva, en virtud de otras normas (artículos 219, 220 y 221 de la LCT), y homologada por la autoridad de aplicación ¹⁰².

100 Carlos de Buen Unna, “El covid-19 y las relaciones de trabajo. Primera parte”, Portal informático del Bufete de Buen, 25/03/2020, <http://www.bufetede Buen.com.mx/blog/el-covid-19-y-las-relaciones-de-trabajo-parte-i> (Consultado el 29 de septiembre de 2020).

101 Adolfo Ciudad Reynaud, “Suspensión de labores y despidos en emergencia”, desgrabación de su conferencia impartida en el foro *¿Cómo defender los derechos laborales en esta coyuntura?*, Asociación Peruana de Laboralistas, 10 de junio de 2020, Lima.

102 “Artículo 223 bis.- Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que

Esto —vuelvo a subrayarlo—, en tiempos de normalidad y vigencia plena de la LCT.

Esta calificación de las prestaciones dinerarias otorgadas en el marco del contrato de trabajo suspendido en ciertos efectos —aunque se trate nada menos que de su “principal objeto”, constituido por la prestación laboral (conf. artículo 4° de la LCT)—, por fuera del contexto de emergencia o, dicho más claramente, dentro de su hábitat natural conformado por el articulado de la LCT, no resistiría un test de constitucionalidad, dada su contradicción con el artículo 1 del Convenio n° 95 de la OIT y la doctrina constitucional de la Corte Suprema a partir del *leading case* Pérez c. Disco¹⁰³.

Más allá de esta observación relativa a la inconstitucionalidad de las prestaciones dinerarias despojadas de carácter salarial —que afecta al artículo 223 bis de la LCT en tiempos de normalidad institucional, pero no en la situación de emergencia—, lo que importa a los fines del presente estudio es que el artículo legal en cuestión no permite “acordar” suspensiones, sino meramente la forma de retribuir a los trabajadores suspendidos mediante una prestación desprovista de carácter salarial y que no debe ser necesariamente idéntica al salario ni siquiera en el aspecto cuantitativo, eximiendo entonces a los empleadores de retener aportes y de tributar cotizaciones al sistema de seguridad social, con la sola excepción de las contribuciones al subsistema de las obras sociales y del Seguro Nacional de Salud (Leyes 23.660 y 23.661).

Dentro del campo de aplicación del orden jurídico laboral de la emergencia, el artículo 3°, segundo párrafo, del DNU 329/20 tampoco puede interpretarse como una habilitación a la autonomía colectiva o individual para acordar la suspensión de una prestación laboral que ya

se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes Nros. 23.660 y 23.661”.

103 CSJN, 1°/09/2009, “Pérez, Anibal Raúl c. Disco S.A. s/recurso de hecho” (Fallos: 332:2403). En esta sentencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inc. c), de la LCT (modificada por la Ley 24.700), en cuanto consideró que dicha norma, al despojar de naturaleza salarial a los “vales alimentarios”, colisionaba contra el concepto de *salario* establecido por el artículo 1 del Convenio 95 de la OIT, que en la Argentina posee jerarquía superior a la ley desde la reforma constitucional de 1994 (artículo 75.22, CN).

se encuentra suspendida¹⁰⁴ por las propias normas de excepción (conf. artículo 2° del DNU 297/20; artículo 2° de la Resolución 202-MTESS, y artículo 1° de la Resolución 207-MTESS de 17/03/2020). Ello — sirviéndome en este aspecto de las opiniones de Confalonieri (h)¹⁰⁵ y Gnecco¹⁰⁶— no sería material ni jurídicamente posible porque el deber de prestar servicios devino inexistente o, por lo menos, inexigible ante la suspensión producida por el aislamiento obligatorio.

La remisión que contiene el segundo párrafo del artículo 3° del DNU 329/20 al artículo 223 bis de la LCT no puede leerse de otro modo que como una habilitación a estipular el pago de las compensaciones de carácter no remunerativo previstas en este artículo legal, exclusivamente para el personal cuya prestación ha sido suspendida, no por la autonomía individual ni colectiva, sino en este caso por las normas heterónomas de emergencia: trabajadores “no esenciales” y aquellos inhibidos de prestar servicios por el aislamiento impuesto por el régimen circunstancial. Por otra parte, no puede soslayarse que, de acuerdo con el primer párrafo de este artículo 3° del DNU 329/20, las suspensiones por las causales de “fuerza mayor o falta o disminución de trabajo” se encuentran prohibidas mientras dure la etapa excepcional.

Aun admitiéndose que la imprecisa referencia a suspensiones “efectuadas” —infelizmente utilizada por el segundo párrafo del

104 En palabras de Confalonieri (h): “no es viable suspender lo que ya está suspendido”. Vid. Juan Ángel Confalonieri (h), “Reflexiones de urgencia sobre las normas dictadas para enfrentar la pandemia provocada por el nuevo coronavirus en el sector privado”, p. 15, en portal web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS): <https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/491/Juan%20A.%20Confalonieri.pdf> (Consultado el 28/04/2020).

105 “[D]urante el lapso de la licencia no existe el deber de prestar servicios, de modo que no es posible suspender un deber inexistente. Incluso, para los que coloquen al aislamiento social, preventivo y obligatorio dentro de las causales suspensivas del contrato, la conclusión no debería ser diferente, puesto que no sería coherente admitir que cabe suspender lo que ya está suspendido [...]”. “Las causales suspensivas son, en su totalidad, causas de justificación que eliminan la antijuridicidad del incumplimiento del deber de prestar servicios. Es decir, de un deber real (existente) que se torna *inexigible* por la presencia de esas causas”. Véase Confalonieri (h), “Reflexiones de urgencia sobre las normas dictadas para enfrentar la pandemia provocada por el nuevo coronavirus en el sector privado”, cit., p. 11; “Las prohibiciones emergentes del DNU 329/20, de 31 de marzo”, cit., pp. 13-14.

106 “La situación [...] derivada de la suspensión producida por el aislamiento configuraría un espectro donde la prestación ya se encuentra interrumpida, deviene inexigible, de modo que la suspensión ulterior no parecería resultar factible de ser implementada durante el curso de aquélla, dado que, para tal fin [...] se requeriría la previa exigibilidad del deber de prestar el servicio”. Véase Lorenzo P. Gnecco, “Suspensión y despido en la emergencia”, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Suplemento digital *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales*, Dossier 4, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 144; también publicado en la página web de la AADTySS: <https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/512/GNECCO.pdf>

artículo 3° del Decreto 329/20— podría dar lugar eventualmente a inteligencias equívocas, no hay lugar para interpretar que esta norma, en su cláusula final, contradice la *prohibición* de las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo que ella misma establece expresamente en el párrafo que la precede, permitiendo a las partes “pactar suspensiones” por vía de un artículo (el 223 bis de la LCT) que —como se acaba de señalar— no establece tal posibilidad ni siquiera en momentos de normalidad.

La armonía en la interpretación de este artículo, en el actual contexto, debe buscarse prioritariamente con las normas del régimen de la emergencia al cual aquel ha sido integrado expresamente por estas, no con los artículos de la LCT que regulan las suspensiones puestas fuera de juego por el ordenamiento excepcional.

7.2. Sobre la no remuneratividad e hipotética integridad de la compensación por suspensión

Para completar el estudio sobre el ordenamiento laboral argentino de la emergencia sanitaria, propuesto para este trabajo, debo fijar posición en la confrontación dilemática de opiniones suscitada en torno al carácter salarial o no salarial de la prestación dineraria que deben recibir los trabajadores suspendidos, de acuerdo con lo que establece el artículo 223 bis de la LCT, al que remite el artículo 3°, *in fine*, del DNU 329/20. ¿Es, en verdad, jurídicamente *no remunerativa* esta asignación o tiene inexcusablemente naturaleza salarial?

Leído el artículo 223 bis de la LCT, haciendo a un lado su integración al ordenamiento de emergencia, no sería posible asegurar que la compensación dineraria “no remunerativa” prevista por la norma legal no se encuentra en contradicción con el Convenio n° 95 de la OIT ni, por lo tanto, con la doctrina sentada por la Corte Suprema en cuanto a la intangibilidad de la naturaleza del salario mencionada en el parágrafo precedente.

En cambio, si el mismo artículo legal es interpretado dentro del contexto de la emergencia y como norma integrada al régimen especial de esta etapa excepcional y transitoria, es válido considerar a las asignaciones dinerarias previstas en el artículo 223 bis como prestaciones distintas

del salario, distintas de los “*beneficios sociales*” del artículo 103 bis de la LCT¹⁰⁷ y —siempre bajo las señaladas circunstancias de excepción— entender que no colisionan con el Convenio n° 95 de la OIT, de jerarquía superior a la ley, ni con la doctrina constitucional del máximo tribunal.

De esta forma, casi paradójicamente, la prestación “no remunerativa” referida por el artículo 223 bis encuentra su legitimidad en una causa exógena al régimen de contrato de trabajo del que aquella norma forma parte: al haber sido incorporada al *derecho del trabajo de la emergencia* (por el artículo 3° *in fine* del DNU 329/20), que mientras dure tal eventualidad se impone sobre la ley que rige al contrato de trabajo en períodos de normalidad.

En abono del carácter no salarial de la asignación especial contemplada en el artículo 223 bis, transmutado en norma de emergencia, no debe soslayarse que, en el caso de empresas beneficiadas por el mencionado Programa ATP —y si se toma como parámetro la pauta estipulada en el acuerdo de concertación entre la UIA, la CGT y los ministerios de Trabajo y Desarrollo Productivo—, hasta un 75 % de la asignación no remunerativa puede ser abonado por la ANSES en forma directa a los dependientes suspendidos por efecto del DNU 297/20 y las Resoluciones 202/20 y 207/20 del MTESS, quedando solo el porcentaje restante a cargo del empleador.

107 “Artículo 103 bis. – Beneficios sociales.

Se denominan beneficios sociales a las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene por objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo.

Son beneficios sociales las siguientes prestaciones:

- a) Los servicios de comedor de la empresa.
- b) (Derogado por ley 26.341.)
- c) (Derogado por ley 26.341.)
- d) Los reintegros de gastos de medicamentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador y su familia que asumiera el empleador, previa presentación de comprobantes emitidos por farmacia, médico u odontólogo, debidamente documentados.
- e) *La provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la indumentaria y al equipamiento del trabajador para uso exclusivo en el desempeño de sus tareas.*
- f) Los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones.
- g) La provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, otorgados al inicio del período escolar.
- h) El otorgamiento o pago debidamente documentado de cursos o seminarios de capacitación o especialización.
- i) El pago de gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador debidamente documentados con comprobantes”.

Ahora bien, si se enfoca la mirada en la terminología utilizada por las normas de la emergencia, es ostensible un uso impreciso y vacilante que, con todo, no alcanza para abonar una opinión diferente de la que acabo de expresar. El 13 de marzo de 2020, la cartera laboral emitió la res. 202/20-MTESS, cuyo artículo 2° suspendió el deber de asistencia al lugar de trabajo salvo para los trabajadores declarados esenciales, asegurando el goce “íntegro” de las “remuneraciones” para el personal suspendido. Idéntica expresión se encuentra en el artículo 1° de la Resolución 207/20-MTESS, de fecha 16 de marzo del mismo año.

Pocos días después, el 19 de marzo, el Poder Ejecutivo emitió el DNU 297/20, que dejó de lado el concepto utilizado por la autoridad de aplicación laboral, estableciendo en su artículo 8° —genéricamente para los trabajadores y las trabajadoras del sector privado, sin discriminar entre quienes prestan tareas y quienes están suspendidos— el derecho al goce “íntegro” de sus “ingresos habituales”, en los términos que establezca la reglamentación.

Al día siguiente, 20 de marzo, la Resolución 219/20-MTESS dispuso, para quienes no fuera posible la prestación de tareas desde su lugar de aislamiento, que las sumas percibidas tendrían “carácter no remuneratorio”, aunque manteniéndose el deber de ingresar los aportes y contribuciones al sistema nacional del seguro de salud y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (artículo 2° res. cit.).

Empero, la Resolución 219/20-MTESS fue abrogada por las Resoluciones 276/20-MTESS (artículo 7°) y 279/20-MTESS (artículo 7°), ambas de 30 de marzo, con lo que se dio lugar a interpretar que los importes percibidos por los trabajadores que se encontraban en aislamiento sin trabajar habían dejado de ser “no remunerativos”, adquiriendo automáticamente entidad salarial. Con todo, no puede obviarse que los artículos 6° de sendas resoluciones de la autoridad de aplicación (276/20 y 279/20), con idéntico texto, refieren por separado a las “remuneraciones” y los “ingresos” correspondientes¹⁰⁸, lo cual no puede tener otro destino que

108 “Artículo 6°.- La abstención de concurrir al lugar de trabajo —que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción previstos— no constituye un día de descanso, vacacional o festivo, sino una decisión de salud pública en la emergencia, de tal modo que no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos correspondientes a los días comprendidos en

el de dejar a salvo la posibilidad de abonar asignaciones no salariales a trabajadores inactivos y contribuir así a despejar los problemas interpretativos generados en torno a los importes en cuestión.

Finalmente, el artículo 4° del DNU 376/20, de 20 de abril de 2020, puso un punto final a la discusión al modificar el artículo 8° del DNU 332/20. El texto de la cláusula final de este artículo, que originariamente decía que el saldo del ingreso del trabajador no cubierto por el “salario complementario” abonado por la ANSES debía ser considerado “remuneración” a todos los efectos legales y convencionales, fue sustituido por una distinción expresa entre las “remuneraciones” y “la asignación en dinero prevista en el artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo”¹⁰⁹. Es decir, que el Decreto 376/20 asume, por oposición, el carácter no salarial del ingreso que recibe el trabajador suspendido, por derivación del artículo de la LCT al que refiere expresamente.

Esto remite colateralmente a la cuestión en torno a la *integridad* del ingreso habitual de los trabajadores suspendidos, suscitada a partir de las divergencias entre la literalidad de normas, como el artículo 2° de la Resolución 202/20-MTESS, el artículo 1° de la Resolución 207/20-MTESS, el artículo 8° del DNU 297/20 y el artículo 8° del DNU 332/20, de un lado, y el reenvío al artículo 223 bis de la LCT previsto por el artículo 8° del DNU 332/20, del otro.

La reforma mencionada de esta última norma por el artículo 4° del DNU 376/20, al reafirmar la admisibilidad de abonar las prestaciones no remunerativas del artículo 223 bis de la LCT a los trabajadores suspendidos o dispensados de trabajar, resuelve, junto con la polémica sobre el

esta prohibición suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para ‘asuetos’, excepto en aquellos casos en que dicha prohibición coincida con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente”.

109 “Artículo 8°.- El salario complementario consistirá en una suma abonada por la Administración Nacional de la Seguridad Social para todos o parte de los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia cuyos empleadores cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 3° y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4°.

‘El monto de la asignación será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario neto del trabajador o de la trabajadora correspondiente al mes de febrero de 2020, no pudiendo ser inferior a una suma equivalente a un salario mínimo, vital y móvil ni superar dos salarios mínimos, vitales y móviles, o al total del salario neto correspondiente a ese mes.

‘Esta asignación compensatoria al salario se considerará a cuenta del pago de las remuneraciones o de la asignación en dinero prevista en el artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976 y sus modificaciones)”.

carácter remunerativo o no remunerativo de tal asignación dineraria, la cuestión acerca de la “integridad” del ingreso correspondiente a dicho personal, en cuanto hay consenso en la doctrina con respecto a que las asignaciones dinerarias permitidas por el artículo 223 bis no son idénticas al salario ni en el aspecto cualitativo ni en el cuantitativo. Es decir, que el monto de estas compensaciones por suspensión puede ser válidamente inferior al salario¹¹⁰.

8. Síntesis final

Con el simple objeto de pasar en limpio lo señalado en el presente ensayo, comienzo por destacar que la reacción normativa del Estado ante el advenimiento del episodio traumático de la pandemia generó, en la Argentina, un derecho del trabajo especial, propio de la emergencia y coadyuvante estratégico de las normas sanitarias destinadas prioritariamente a enfrentar la situación epidemiológica. A pesar de que, durante esta etapa, en la gran mayoría de los países se han puesto en ejecución nuevas normas y medidas de protección al empleo y de auxilio económico a trabajadores y, sobre todo, a empresas, la caracterización aplicada en este trabajo al régimen sociolaboral de emergencia instaurado en Argentina no es trasladable a ninguno de los demás ordenamientos visitados.

Este derecho especial de la etapa de excepción se diferencia del derecho del trabajo de la normalidad por sus preceptos de orden público absoluto —inderogables en cualquier sentido— y la función rectora de un principio protectorio singular, bidireccional en cuanto que también acoge inclusivamente a las empresas. El ordenamiento sociolaboral de la emergencia sanitaria no se restringe a proteger solo a la parte más débil de la relación laboral; la protege, sí, pero no atendiendo a su hiposuficiencia frente al empleador, sino especialmente frente a la Covid-19. Y protege también al empleador, que es asimismo hiposuficiente ante la enfermedad, y en la medida de que sus libertades y herramientas jurídicas principales han sido enervadas por la normativa

110 Vid. Osvaldo Maddaloni, “Artículo 223 bis” en Miguel Ángel Maza (dir.), *Régimen de contrato de trabajo comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 242, y Diego Javier Tula, comentario al artículo 223 bis de la LCT, en Mario E. Ackerman (dir.) y María Isabel Sforsini (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, t. III, p. 50.

estatal de emergencia. Protege, en definitiva, a la relación laboral en su integridad frente a la contingencia con la finalidad de asegurar la pervivencia de ambos sujetos y el vínculo contractual existente entre ellos, más allá de la etapa crítica.

La inderogabilidad absoluta de las normas de emergencia y su prevalencia sobre el régimen laboral de la normalidad determinan la imposibilidad de concebir ambos regímenes —el de emergencia y la LCT— como un menú único y misceláneo del cual el intérprete puede servirse a conveniencia de normas de ambos indistintamente, tomando las del ordenamiento laboral de excepción en forma descoordinada de las demás leyes de la emergencia sanitaria y, a la vez, preterir estas para aplicar preceptos de la LCT.

En relación con lo precedente, los artículos 39 y 40, entre otros del régimen laboral común, no son compatibles ni susceptibles de articulación con las normas laborales de la emergencia sanitaria. El trabajo “no esencial” en esta etapa no constituye —como pretenden algunas opiniones— un objeto contractual “ilícito” o “prohibido”, ni su interrupción acarrea la nulidad del contrato ni sus efectos se dirigen solo al empleador. La prestación de tareas no se encuentra prohibida, sino *suspendida*, de manera indirecta, por un hecho del príncipe que impuso el aislamiento forzado y la prohibición de circular, dirigida a la población, en protección de la salud. Además, la causa de la suspensión es sobreviniente, recae sobre contratos de trabajo constituidos con plena validez de su objeto en el marco de la ley vigente con anterioridad a la irrupción de la crisis.

Cuando el régimen laboral de la emergencia sanitaria reenvía al artículo 223 bis de la LCT, no remite a las suspensiones por las causales de “falta o disminución de trabajo no imputable al empleador” ni de “fuerza mayor debidamente comprobada” legisladas en los artículos 219 a 221 de la LCT, en tanto estas han sido prohibidas por el primer párrafo del artículo 3° del DNU 329/20.

Por lo tanto, la suspensión derivada de las decisiones estatales que imponen el deber de aislamiento y la abstención de concurrir a los lugares de trabajo, tras el objetivo de preservar la salud de la población,

no constituye injuria laboral en términos del artículo 242 de la LCT, por lo que no da lugar a la situación de despido indirecto prevista en el artículo 222 del ordenamiento laboral de la normalidad.

Tal suspensión, generada por un hecho del soberano, tampoco está sujeta a las obligaciones de plazo fijo y notificación por escrito establecidas como condiciones de validez en el artículo 218 de la LCT. Dado que las medidas de ASPO y otras adoptadas contra la propagación del coronavirus han tenido enorme difusión pública, la notificación al trabajador de las medidas mencionadas en el párrafo precedente podría ser necesaria en determinadas actividades, zonas o circunstancias, o por razones de buena fe y para dar certeza al destinatario, pero no es condición de validez ni de eficacia de la suspensión dispuesta por decisión estatal y fundada en causa justificada en un hecho público y notorio de gravedad extrema.

A pesar de que la declaración de estado de emergencia fue ampliamente difundida entre los ordenamientos comparados de América y Europa, la normativa de excepción demostró un tratamiento diferenciado ante la problemática de la conservación de los puestos de trabajo y la subsistencia económica de los trabajadores suspendidos en su prestación de servicios. Solo un pequeño grupo de países —entre ellos, la Argentina— dispuso la prohibición de despidos sin causa y por causas económicas más el pago de sumas dinerarias análogas al salario.

Las normas del derecho del trabajo y de la seguridad social de la emergencia sanitaria deben interpretarse como sistema, privilegiando su coherencia y armonía intrínsecas y su interpretación razonable en relación con los objetivos prioritarios plasmados en los DNU 260/20 y 297/20, no necesariamente el sentido más favorable al trabajador, salvo en cuanto ello fuere compatible con el régimen de excepción o en el supuesto de duda razonable que contempla el artículo 9° de la LCT, aplicable supletoriamente a lo no previsto por el ordenamiento coyuntural.

El derecho del trabajo de la emergencia, dada su singularidad, tendió a proteger no solo al trabajador —en sentido amplio, incluidos asalariados, autónomos y en formación—, priorizando tres derechos de importancia social preeminente (la salud, el empleo y el ingreso), sino también al empleador.

Toda la normativa de emergencia sanitaria es, por esencia, de orden público absoluto. Prevalece sobre la legislación general y la voluntad de las partes del contrato de trabajo y de la autonomía colectiva, que no pueden apartarse de lo dispuesto en aquella en ningún sentido (ni de mejora ni en detrimento de los derechos del trabajador). Tampoco pueden desviarse de su objeto prioritario, que no es —conforme se ha dicho—favorecer al dependiente, sino proteger la salud de la población coadyuvando a evitar o minimizar la propagación del coronavirus y atenuar el impacto de la epidemia sobre el sistema sanitario.

Bibliografía

- AA. VV. *Sopa de Wuhan*, editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), La Plata, 2020.
- ADAPT Scheda N°. 3. *Divieto di licenziamento durante la crisi da COVID-19*, Curata da ADAPT in collaborazione con l'Ufficio per l'Italia e San Marino dell' Organizzazione internazionale del lavoro (OIT).
- Alvino, Ilario. "Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Decreto legge 'Cura Italia': strumenti di sostegno del reddito e delle esigenze di assistenza dei lavoratori subordinati e autonomi", in *Treccani magazine diritto*, https://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Alvino_Tutela_del_lavoro_e_emergenza_da_COVID-19_Decreto_legge_Cura_Italia.html
- Balasso Tejera, Caterina. "La autopsia de un decreto. Sobre el contraste existente entre el decreto por el cual se declaró el estado de alarma con ocasión del coronavirus, el marco regulatorio aplicable y la situación vivida en Venezuela desde mediados de marzo de 2020", en Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*, Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero-Muci (coords.), Serie Estudios 123, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, pp. 123-183.
- Bauman, Zygmunt. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, traducción de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007.
- Blanco Rivera, Oscar. "Análisis legal y constitucional de las circulares emitidas por el ministerio del trabajo", en revista *Actualidad Laboral*, núm. 220, julio-agosto/2020, pp. 13-18.

- Carballo Mena, César A. "Covid-19. Breves notas sobre el influjo en las relaciones de trabajo", en Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*, Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero-Muci (coords.), Serie Estudios 123, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, pp. 543-556.
- Casas Baamonde, María Emilia. "El Derecho del Trabajo en la emergencia del COVID-19", en diario *El País*, Madrid, 22/04/2020, https://elpais.com/economia/2020/04/21/alternativas/1587464536_905491.html
- Casas Baamonde, María Emilia. Su disertación en la conferencia internacional "El derecho del trabajo y de la seguridad social durante la COVID-19 en España e Italia. Medidas adoptadas para proteger el trabajo, el empleo y la salud de los trabajadores", organizada por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS), Buenos Aires, 22 de junio de 2020 (accesible en el portal digital de la AADTySS: <https://www.youtube.com/watch?v=AiXIXjKylh8>).
- CEPAL-OIT. "El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)", en *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, núm. 22, mayo 2020, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago.
- Ciudad Reynaud, Adolfo. "Suspensión de labores y despidos en emergencia", desgrabación de su conferencia impartida en el foro *¿Cómo defender los derechos laborales en esta coyuntura?*, Asociación Peruana de Laboralistas, 10 de junio de 2020, Lima.
- Confalonieri (h), Juan Ángel. "Reflexiones de urgencia sobre las normas dictadas para enfrentar la pandemia provocada por el nuevo coronavirus en el sector privado", en portal digital de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS): <https://www.aadyss.org.ar/files/documentos/491/Juan%20A.%20Confalonieri.pdf>
- Confalonieri (h), Juan Ángel. "Las prohibiciones emergentes del DNU 329/20, de 31 de marzo", en portal digital de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS), [https://www.aadyss.org.ar/files/documentos/495/Juan%20A.%20Confalonieri%20\(h\).pdf](https://www.aadyss.org.ar/files/documentos/495/Juan%20A.%20Confalonieri%20(h).pdf)
- De Buen Unna, Carlos. "El covid-19 y las relaciones de trabajo. Primera parte", Portal informático del Bufete de Buen, 25/03/2020, <http://>

- www.bufetede buen.com.mx/blog/el-covid-19-y-las-relaciones-de-trabajo-parte-i (Consultado el 29 de septiembre de 2020).
- De Buen Unna, Carlos. "El Covid-19 y las relaciones de trabajo. Tercera parte", portal informático del Bufete de Buen, 31/03/2020, <http://www.bufetede buen.com.mx/blog/el-covid-19-y-las-relaciones-de-trabajo-parte-iii> (Consultado el 1 de octubre de 2020).
- Ernst, Christoph y Elva López Mourelo. *La COVID-19 y el mundo del trabajo en Argentina: impacto y respuestas de política*, Informe técnico, Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, 2020.
- Fernández Avilés, José Antonio. "¿Es suficiente este derecho laboral excepcional "por aluviones" frente a la pandemia del Covid-19?", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 445 (abril 2020), pp. 7-26.
- García, Héctor Omar. "Las actividades y servicios caracterizados como esenciales por la normativa de emergencia sanitaria: ¿son servicios esenciales a los fines de limitar el derecho de huelga?", en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, edición online, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Boletín diario de 24/04/2020 (RC D 1662/2020) y asimismo en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, octubre 2020, pp. 146-164.
- Gnecco, Lorenzo P. "Suspensión y despido en la emergencia", en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Suplemento digital *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales*, Dossier 4, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 144. También publicado en el portal digital de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS), <https://www.aadyss.org.ar/files/documentos/512/GNECCO.pdf>
- López Mesa, Marcelo J. "Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial", *La Ley*, 29/04/2015 (AR/DOC/1264/2015), pp. 1-11.
- Loureiro Wernek, Guilherme y Marília Sá Carvalho. "La pandemia de COVID-19 en Brasil: crónica de una crisis sanitaria anunciada", en *Cadernos de Saúde Pública*, 2020, 36(5):e00068820, pp. 2-4, https://www.scielo.br/pdf/csp/v36n5/es_1678-4464-csp-36-05-e00068820.pdf
- Maddaloni, Osvaldo. "Artículo 223 bis", en Miguel Ángel Maza (dir.), *Régimen de contrato de trabajo comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, pp. 240-243.

- Maddaloni, Osvaldo. "El artículo 223 bis de la LCT en tiempos del coronavirus", en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, suplemento digital *El impacto del coronavirus en las relaciones laborales*, Dossier núm. 4, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020 (RC D 1656/2020), pp. 39-46.
- Molina Navarrete, Cristóbal. "La pretendida 'prohibición de cese laboral' en tiempos de COVID19: 'vicios' de una 'legalidad (administrativa) sin derecho'", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, octubre 2020, pp. 84-102.
- Monereo Pérez, José Luis. "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, octubre 2020, pp. 16-83.
- Monereo Pérez, José Luis y Guillermo Rodríguez Iniesta. "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 23, pp. 11-53.
- Munerati, Ligia Ramia. "La normativa di emergenza in Italia nell'ambito del diritto del lavoro e della sicurezza sociale", en *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)*, 2020, vol. V, núm. 1, Editorial Universidad de Sevilla, 2020, pp. 39-49.
- Palomeque López, Manuel-Carlos. *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo español (1873-1923)*, quinta edición, revisada, Tecnos, Madrid, 1995.
- Palomeque López, Manuel-Carlos. "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en Antonio V. Sempere Navarro (dir.) y R. Martín Jiménez (coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 229-248.
- Palomeque López, Manuel-Carlos. "La función y refundación del derecho del trabajo", en *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2000, pp. 21-31. Publicado asimismo en *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004, pp. 37-49.

- Piazza, Heder Hernán. "El tratamiento jurídico del COVID-19 como contingencia en la salud del trabajador en los países limítrofes de Argentina", en revista *Catorce Bis*, núm. 59, segundo semestre de 2020, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, pp. 63-70.
- Reche Tello, Nuria. "El derecho al trabajo en tiempos de excepcionalidad constitucional: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España", en *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)*, 2020, vol. V, núm. 1, pp. 70-135.
- Rojó Torrecilla, Eduardo. "Sobre la aplicación de las cláusulas de suspensión de la duración de los contratos temporales, y prohibición de despidos, durante la crisis sanitaria, y sus efectos sobre una decisión empresarial. Notas a la sentencia del JS núm. 3 de Sabadell de 6 de julio de 2020", en blog personal del autor, 18 de julio de 2020, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/sobre-la-aplicacion-de-las-clausulas-de.html>
- San Martín Rodríguez, Álvaro. "Contexto laboral en la República Popular China. Especial referencia a la influencia del Covid-19", en *Temas Laborales*, núm. 153/2020, pp. 211-233.
- Suárez, Javier. "República Dominicana", en Fábio Túlio Barroso, Graciane Rafisa Saliba y Jaddy Ladrón de Guevara Landa, (organizadores), *Medidas laborales adoptadas en América Latina por la pandemia de Covid-19*, Subsección Americana de Jóvenes Juristas, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS), Solve – Soluções Tecnológicas e Imagem Digital, Belo Horizonte, 2020, pp. 59-61.
- Supiot, Alain. *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, traducción de Jordi Terré, Ediciones Península, Barcelona, 2011.
- Supiot, Alain. "Le travail a l'épreuve du monde d'après", *Fondation Collège de France*, <https://www.fondation-cdf.fr/2020/07/15/le-travail-a-lepreuve-du-monde-dapres/>
- Tula, Diego Javier. Comentario al artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, en Mario E. Ackerman (dir.) y María Isabel Sforsini (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, t. III, pp. 49-53.

Contratos temporales

Alexander Godínez Vargas

CONTRATOS TEMPORALES

Alexander Godínez Vargas*

Sumario: Introducción. 1. La estructura ocupacional previa a la pandemia. 2. Los efectos de la pandemia. 3. Los contratos temporales como contratos “atípicos” o “desviados”. 4. Los contratos temporales como contratos “precarios” o “basura”. A. Tipología, naturaleza y protección hacia una precaria y relativa estabilidad del contrato temporal. [1] Tipología. [2] Naturaleza. [2.1.] Causalidad. [2.2] Temporalidad. [3] Protección hacia una precaria y relativa estabilidad. B. La contratación temporal: ¿entre ventajas y limitaciones? [1] Ventajas. [2] Limitaciones legales. C. La flexibilidad en la contratación. [1] La flexibilidad de inicio. [2] Flexibilidad de en medio. [3] Flexibilidad de salida. [4] Su ámbito de aplicación según la dimensión de las empresas. D. Una herramienta contra el desempleo. [1] Su uso para acreditar experiencia y rendimiento. [2] Su uso para distribuir el escaso tiempo de trabajo. [2.1] Un régimen contractual único. [2.2] La ampliación de la tipología contractual y el control contra el fraude y el abuso. [2.3] Los incentivos paralelos a la contratación permanente. E. Las consecuencias de la ausencia de estabilidad. [1] Desde una perspectiva macroeconómica. [2] Impacto en la salud. [3] Una sociedad de dos niveles. [4] La necesidad organizacional de un nivel mínimo de confianza. [5] La relación costo vs. beneficio de la desvinculación del personal permanente. F. Sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. [1] Seguro por desempleo. [2] Derecho a vacaciones. [3] Trabajo decente.

Introducción

1. La estructura ocupacional previa a la pandemia

La estructura ocupacional de los países de Iberoamérica venía especialmente marcada por una resistente informalidad¹ y una creciente

* Profesor de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

y sostenida tasa de desempleo antes del segundo trimestre de 2020. Esta tasa de informalidad también ha disminuido el impacto efectivo, entre otros, de los programas de seguridad de ingreso, como los que ofrecen prestaciones de desempleo. En 2018, excluyendo a Estados Unidos y Canadá, solo Argentina, Brasil, Chile, Ciudad de México, Colombia, Ecuador, Uruguay, República Bolivariana de Venezuela, Anguila, Bahamas y Barbados, contaban con estos beneficios, los cuales ofrecían, en promedio, una protección de 6 meses, con pagos decrecientes, que cubrían solo el 17 % de los desocupados de la región y, si se excluía a Chile y Uruguay, la cobertura se reducía al 6 %².

Junto con la informalidad, los contratos temporales representan otro desafío adicional. En 2006 España tenía una tasa de temporalidad del 34 %, cuando la media de la Unión Europea era de 14,5 %; sin embargo, el denominado “modelo español” se ha diferenciado del resto de los países europeos no solo por esta alta incidencia de la temporalidad, sino también por la escasa incidencia del contrato a tiempo parcial, lo que significaba que la tasa de contratos por tiempo indefinido era también significativamente alta, si se le compara con la incidencia de contratos a tiempo parcial en países como Holanda Inglaterra o Dinamarca, aunque como se ha advertido, entre los contratos atípicos, el contrato a tiempo “es el más normal”³.

Si bien resultaba predecible que la tasa de temporalidad cayera significativamente durante la crisis económica y financiera de 2008, no lo fue que en el periodo posterior de recuperación se incrementara y llegara nuevamente a doblarla, a finales de 2018. Lo significativo de este comportamiento es que la reducción fue producto de la destrucción de empleo que se centró en los contratos temporales, debido a su menor protección⁴.

- 1 Como indican B. Beccaria y J. Paz, *La inserción precaria de mujeres y los jóvenes en el mercado laboral en América Latina y sus consecuencias para instituciones laborales*, CEPAL, Santiago, 2016, p. 9, disponible en https://www.cepal.org/sites/default/files/document/files/paper_beccaria-paz.pdf, con ello se hace referencia “a los puestos que no están registrados en la seguridad social y no cuentan con los beneficios provistos por ella”.
- 2 P. Casali et al., *Panorama laboral en tiempos de la COVID-19: Protección social en América Latina y el Caribe en tiempos de pandemia*, octubre 2020, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_759164.pdf
- 3 A. Ojeda Avilés, *La deconstrucción del derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 627.
- 4 Fundación BBVA-Ivie, *La tasa de temporalidad laboral en España casi duplica la de la UE y las diferencias regionales alcanzan 16 puntos porcentuales entre los extremos, Madrid y Andalucía*, núm. 35, 2019, disponible en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/05/FBBVA_Eseniales_35_Temporalidad.pdf

En el período comprendido entre 2000 y 2013, la tasa de temporalidad en América Latina y el Caribe era muy variable: desde un 3 % en Brasil, 10 % en Argentina, 20 % en Chile, un 46 % en Ecuador, hasta llegar al 64 % en Perú. Si; aunque solo en Argentina, Brasil y Ecuador, tuvieron una tendencia decreciente⁵. En 2018, y entre los jóvenes de 15 a 29 años, la proporción de contratos temporales fue muy relevante en la mayor parte de los países, con excepción de Argentina, Costa Rica y Chile; incluso, en Perú, Paraguay y México, la contratación temporal era superior al 60 % para este colectivo⁶.

2. Los efectos de la pandemia

De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI) en su informe de perspectivas de la economía mundial de octubre de 2020, se proyectaba que el crecimiento mundial para ese año sería de -4,4 %; aunque en economías de mercados emergentes y en desarrollo como América Latina, en promedio cerraría con -8,1 %, si bien en Brasil será menor a la media (-5.8 %) y en México superior a ella (-9.0 %)⁷. Por su parte, las tasas de desempleo, según las estimaciones de esta institución, se incrementarán tanto en 2020 como en 2021 (México del 3.5 % al 5.2 %, Brasil del 11.9 % al 13.4 %, Argentina del 9.8 % al 11.0 %, Chile del 7.2 % al 11.4 %, Perú del 6.6 % al 12.5 % y Uruguay del 8.9 % al 9.7 %), incluso, en países en los que existe una alta participación de trabajadores con contratos a tiempo parcial involuntario o en otras modalidades de subempleo⁸. Ante este panorama y como parte de las medidas a corto y mediano plazo, el FMI recomendaba a las autoridades que, entre otras acciones, corrigieran las rigideces del mercado laboral⁹.

La gravedad de esta situación la confirma la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), la cual señala que en las Américas se

5 R. Maurizio, *Formas atípicas de empleo en América Latina: incidencia, características e impactos en la determinación salarial*; Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Mercados Laborales Inclusivos, Relaciones Laborales y Condiciones de Trabajo. Ginebra: OIT, 2016 (Serie Condiciones de Trabajo y Empleo, núm. 76), p. 15, disponible en <http://www.relats.org/documentos/DISCRIMINACION.EnoR.Maurizio.pdf>

6 OIT, *Panorama Laboral 2019*. Lima: OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2019, p. 75, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_732198.pdf

7 FMI, *Perspectivas de la economía mundial*, octubre 2020, p. 9, disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/09/30/world-economic-outlook-october-2020>

8 *Ibid.*, p. 12.

9 *Ibid.*, p. 27.

registró una pérdida de horas de trabajo de alrededor de 19,8 % en el tercer trimestre de 2020, a saber, 75 millones de empleos a tiempo completo equivalentes, y muy lejos, del 7.7 % que registró Europa Occidental¹⁰ en el mismo periodo.

Sin embargo, la pérdida de trabajo y de ingresos afecta desigualmente a trabajadores del sector formal e informal, especialmente si se considera que aquellos, pueden beneficiarse más fácilmente de los programas de seguridad social¹¹. Este mismo trato diferenciado puede existir entre los trabajadores por tiempo indefinido y los trabajadores temporales, cuando estos últimos están excluidos de los regímenes de prestaciones por desempleo y otras ayudas de los sistemas de seguridad social.

3. Los contratos temporales como contratos “atípicos” o “desviados”

Como señala la OIT, no hay una definición oficial de los contratos atípicos (*non-standard employment*), aunque normalmente se les concibe como aquellos que se apartan del trabajo a tiempo completo e indefinido, por lo que suele englobarse en esta categoría el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a pedido, el trabajo temporal y otras relaciones de empleo multipartitas, el empleo encubierto y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. Luego, por trabajo temporal se entienden incluidos los contratos a plazo fijo, aquellos basados en proyectos o tareas y el trabajo estacional u ocasional o por día¹².

Adicionalmente, dado que el contrato temporal debilita la promoción o es una excepción del principio de continuidad, se “desvía” del modelo que se impulsa como “normal” o “standard”, que es el de “predilección”¹³ del legislador y los mismos actores sociales.

10 Observatorio de la OIT, *La COVID-19 y el mundo del trabajo*, 6.ª edición, 23 de septiembre 2020, p. 6, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_755917.pdf

11 *Ibid.*, p.12.

12 ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*. International Labour Office – Geneva: ILO. 2016, p. 7.

13 A. Plá Rodríguez, *Curso de derecho laboral*, t. II, vol. I, Ediciones IDEA, Montevideo, 1991, p. 201.

4. Los contratos temporales como contratos “precarios” o “basura”

A partir de que el contrato temporal constituye un vínculo “precario”, por cuanto los beneficios percibidos son inferiores a los que se derivan del contrato permanente, algunas organizaciones sindicales¹⁴ y partidos políticos¹⁵ se refieren explícitamente a esta modalidad como “contrato basura”.

Sin embargo, advierten algunos, todo “depende de si la relación laboral que se desvía de la “normalidad” se estableció a petición propia” del trabajador contratado y si “sólo tiene un carácter de ganancia adicional y su sustento está asegurado por fuentes más importantes y más amplias”¹⁶. Incluso, pese a esta precariedad, la decisión del trabajador de dar unilateralmente por extinguido el contrato puede ser que tarde en cristalizarse, si existe de su parte una fuerte expectativa de ser posteriormente contratado de modo permanente, si bien, hay algunas evidencias empíricas de que entre mayor cantidad de contratos temporales haya celebrado una persona al inicio de su vida laboral, menor es la probabilidad de que en los siguientes años alcance un trabajo permanente¹⁷, como consecuencia del efecto “trampolín” de la contratación temporal, al menos en lo que respecta a la experiencia europea, donde no es decisiva ni unánime, especialmente en trabajadores jóvenes poco cualificados a largo plazo, donde se puede temer que sea más bien un obstáculo¹⁸ y termine “cargando con el estigma de la inutilidad social”¹⁹.

14 Es el caso de la Unión General de Trabajadores de España: *UGT pide continuidad y estabilidad laboral sanitarios incorporados por COVID*, 24-4-2020, disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20200424/48696830419/ugt-pide-continuidad-y-estabilidad-laboral-sanitarios-incorporados-por-covid.html>

15 Es el caso del Partido de los Trabajadores Socialistas de Argentina: *¿El fin de los “contratos basura”?*, 1 de junio de 2006, disponible en <https://www.pts.org.ar/El-fin-de-los-contratos-basura>

16 Matthias Seifert y Peter Pawlowsky, *Innerbetriebliches Vertrauen als Verbreitungsgrenze atypischer Beschäftigungsformen*. In: *Mitteilungen zur Arbeitsmarkt und Berufsforschung* 31, 1998, S. 606-607, disponible en https://www.academia.edu/31763901/Innerbetriebliches_Vertrauen_als_Verbreitungsgrenze_atypischer_Beschäftigungsformen_Trust_within_enterprises_as_a_limit_to_the_spread_of_atypical_employment_forms_

17 X. Bartoll y R. Ramos, *Quality of work, economic crisis, and temporary employment*, *International Journal of Manpower*, vol. 41, Issue 1, 2019, p. 4, disponible en https://www.researchgate.net/publication/336880222_Quality_of_work_economic_crisis_and_temporary_employment

18 J. I. García-Pérez, I. Marinescu, J. Vall Castello, *Can Fixed-term Contracts Put Low Skilled Youth on a Better Career Path? Evidence from Spain*, National Bureau of Economic Research, Nber Working Paper Series N° 22048, February 2016, p. 2, 4 y 22, disponible en https://www.nber.org/system/files/working_papers/w22048/w22048.pdf

19 J. L. Monereo Pérez, “El trabajo precario, segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral”, en L. E. de la Villa Gil (coord.): *El trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, p. 385.

A. Tipología, naturaleza y protección hacia una precaria y relativa estabilidad del contrato temporal

[1] Tipología. Como el contrato de trabajo se caracteriza por la continuidad, su tipología tradicional se basa en su tiempo de duración²⁰, aunque precisamente por no ser la regla general, se sustraen de la autonomía contractual privada²¹ las modalidades temporales que pueden implementarse y es la ley —en Uruguay, a falta de regulación legal, la doctrina y jurisprudencia— quien finalmente las impone, con el auxilio de los tribunales cuando ha sido necesario, normalmente por vía de la interpretación restrictiva, en resguardo de la conservación del contrato.

En Costa Rica, se enlistan dos tipos de contratos de trabajo “por tiempo determinado”: el contrato “a tiempo fijo” y el contrato “para obra determinada” (artículo 31 del Código de Trabajo —en adelante CT—) y como una subespecie del primero, el contrato a tiempo fijo “que requiera preparación técnica especial” de previo a su ejecución (artículo 27 del CT), que por lo demás, prevista en 1943, ha tenido muy escasa incidencia y es prácticamente anecdótica.

Este listado básico de instrumentos contractuales temporales también está presente en otros países de América Latina. En Argentina, se regula el contrato a plazo fijo (artículo 93 de la Ley de Contrato de Trabajo —en adelante LCT—) y el contrato de trabajo eventual, que comprende el contrato de trabajo eventual en estricto sentido y el contrato por obra o servicio determinado (artículo 99 de la LCT). En Uruguay existe el contrato de trabajo a plazo (cierto e incierto o sometido a condición), el contrato de zafra, también llamado de temporada o estacional y el contrato de suplencia²² y, en el caso de Brasil, bajo el concepto de “*contrato a termo*”, se recoge el contrato de tiempo determinado que es aquel cuya duración depende de un plazo fijo o de la prestación de determinados servicios o de la realización de un determinado evento susceptible de tener una duración en el tiempo (artículo 433 § 1° y §

20 Ar. Sússekind, D. Maranhão, S. Vianna y L. Teixeira, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol.1, LTr, São Paulo, 19.ª edição, 2000, p. 265.

21 A. Goldín (dir.) y J. Alimenti (coord.), *Curso de derecho del trabajo y la seguridad social*, La Ley, Buenos Aires, 2.ª edición, 2015, p. 294.

22 J. Raso Delgue y A. Castello (coord.), *Derecho del trabajo*, t. I, FCU, Montevideo, 2.ª edición, 2015, pp. 227-238.

2º de la *Consolidação das Leis do Trabalho* —en adelante CLT—). En Portugal, las modalidades de contrato de trabajo incluyen el *contrato de trabalho a termo resolutivo*, que puede ser a término cierto como incierto (artículo 140 del Código de Trabalho, en adelante CdT), y el *contrato de utilização de trabalho temporário*, cuando están de por medio las empresas de trabajo temporal (artículo 175 del CdT). Mientras que en el caso particular de la República Dominicana, si bien existe una clasificación similar, el “contrato para una obra o servicios determinados” y el “contrato por cierto tiempo” (artículos 31 y 33 del CT), surge además la figura del “contrato de trabajo estacional”, que ha recibido lo que para algunos es una “solución absurda”²³, de ser calificado como contrato por tiempo indefinido cuando es utilizado en la industria azucarera, mientras que si se suscribe en otras clases de empresas, se califica como de duración determinada.

Los listados, por lo general, no son considerados *numerus clausus*. En Costa Rica, el Código de Trabajo hace mención a otros contratos que también deben ser considerados como contratos por tiempo determinado si se atiende a la naturaleza temporal del servicio que se va a prestar, como lo sugiere el mismo nombre que reciben las tareas que deben ejecutarse o el motivo por el que se celebra: el contrato para trabajos accidentales o temporales (artículo 22.c del CT) o el contrato de enrolamiento por viaje en labores que deben desarrollarse en el mar y en las vías navegables (artículo 118 y ss. del CT). A ello, debe adicionarse otro más, inicialmente regulado en el Código de Trabajo y luego por la Ley N° 4903 del 17 de noviembre de 1971, que se denomina “contrato de aprendizaje”, que recibe el trato de contrato de trabajo a plazo fijo (artículo 15).

En Argentina hay que agregar como subespecie del contrato de trabajo eventual, el contrato de interinidad (artículo 69 de la Ley Nacional de Empleo).

Igual sucede en España, con el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores —en adelante ET—, que si bien “parece abrigar un propósito de enumeración exhaustiva”²⁴ —dado que incluye el contrato

23 R. Albuquerque, *Derecho del trabajo*, t. II, Ediciones Jurídicas Trajano Polentini, Santo Domingo, 2.ª edición, 2006, p. 90.

24 A. Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 40.ª edición, 2019, p. 357

para la realización de una obra o servicio determinados, para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos o para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo—, no abarca la totalidad de contratos de trabajo de duración determinada, que también comprende, entre otros, el contrato formativo o el contrato de fomento del empleo para personas con discapacidad.

[2] **Naturaleza.** Como la regla general es que los contratos de trabajo son de duración indeterminada, existe una serie de presunciones a favor de la continuidad del contrato. Un ejemplo de ello sucede cuando el contrato no indica plazo o no se estipula que es por obra o por tiempo determinado, en cuyo caso, se presume que es indefinido, como recuerda en México el artículo 35 de la Ley Federal de Trabajo —en adelante LFT—; aunque la ausencia de una mención o estipulación, expresa en el contrato de su naturaleza temporal, podría ser suplida por otros medios en los que claramente conste esa intención entre las partes, de modo que no existiera duda entre ellas del carácter excepcional del contrato, especialmente si el contrato es tácito²⁵.

Siendo una excepción a la regla general, tradicionalmente, los requisitos de validez de su celebración han estado vinculados a factores de causalidad y temporalidad.

[2.1.] **Causalidad.** El denominado “principio de la necesaria causalidad de los contratos a término”²⁶, se relaciona con el requisito de objetividad que justifica la excepción de la regla general de conservación y continuidad del vínculo de trabajo. Superado el antiguo e intolerable régimen que permitía la perpetuidad de la prestación de trabajo, lo que ahora debe justificarse es la temporalidad.

En el detalle de las causas o de las hipótesis que validarían la celebración de un contrato temporal, en atención a razones ciertamente no permanentes, el legislador ha tratado de ser

25 En el mismo sentido: C. Reynoso Castillo, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, México, D.F., Cámara de Diputados, Porrúa-UNAM, 2006, p. 220, tratándose de las exigencias de “estipulaciones expresas” del artículo 35 de la LFT.

26 T. Treu, *Los contratos de trabajo y las recientes reformas italianas (Jobs Act)*, op. cit., p. 529.

exhaustivo, mediante la elaboración de un listado de ellas. Ejemplo de este esfuerzo es Portugal, cuyo artículo 140 CdT describe diez supuestos que lo justifican:

- a) Sustitución directa o indirecta de un trabajador ausente o que, por cualquier motivo, se encuentre temporalmente impedido de trabajar.
- b) Sustitución directa o indirecta de un trabajador con el cual está pendiente ante un tribunal una acción para evaluar la licitud de su despido.
- c) Sustitución directa o indirecta de un trabajador con licencia sin sueldo.
- d) Sustitución de un trabajador a tiempo completo que pasa a trabajar a tiempo parcial por un periodo determinado.
- e) Actividad estacional u otra cuyo ciclo de producción anual presente irregularidades debido a la naturaleza estructural del mercado respectivo, incluido el suministro de materias primas.
- f) Incremento excepcional de la actividad de la empresa.
- g) Ejecución de trabajos o de servicios ocasionales de un tipo exactamente definido que no duran para siempre.
- h) Ejecución de una obra, proyecto u otra actividad definida y temporal, incluidas la ejecución, dirección o supervisión de obras de construcción civil, obras públicas, montajes y reparaciones industriales, por contrato o por administración directa, así como los respectivos proyectos u otra actividad complementaria de control y seguimiento.
- i) Inicio de una nueva actividad de duración incierta o de la actividad de una empresa o establecimiento perteneciente a una compañía de menos de 250 trabajadores, en los dos años siguientes a cualquiera de estos hechos.
- j) Contratación de un trabajador desempleado de muy larga duración.

Este minucioso detalle no siempre ha sido fácil ni ha permanecido en el tiempo tanto por razones técnicas como políticas. En el caso de Italia los 5 supuestos específicos incluidos en el artículo 1 de la Ley de 18 de abril de 1962, de disciplina del contrato de trabajo a tiempo determinado, han sido dejados sin efecto por el Decreto

Legislativo 368 de 6 de septiembre de 2001, de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, relativa al acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada celebrado por la CES (Confederación Europea de Sindicatos), la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria Europea) y el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública), que introduce una cláusula general en el artículo 1.1º, el cual señala que: “Se permite la fijación de un término a la duración del contrato de trabajo por razones de carácter técnico, productivo, organizativo o sustitutivo”. La fórmula empleada, como estiman algunos, “implica la superación definitiva de la técnica legislativa anterior” centrada en la descripción de casos específicos, con el resultado de “una mayor apertura a la autonomía individual y un rol diferente del órgano judicial”, lo que tampoco debe llevar a equívocos sobre el control que se puede llegar a ejercer, pues siempre será necesario para la autoridad judicial examinar el encuadre de la situación dentro de términos productivos-organizativos, velar por el respeto del principio de no discriminación y la necesidad de prevenir prácticas abusivas²⁷.

[2.2.] **Temporalidad.** En el caso de Costa Rica, el límite temporal es un año, aunque la ley dispone que en circunstancias excepcionales —que se denominan de “preparación técnica especial”— puede ser de cinco (artículo 27 del CT), no susceptible de ser ampliado por convención colectiva. No obstante, la expresión incluida en 1943 de que no puede estipularse el contrato de trabajo por más de un año “en perjuicio del trabajador”, puede tener una lectura más flexible a partir de la resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N°2014-000238²⁸, que admite la posibilidad de que las partes pacten en beneficio del trabajador un plazo temporal de estabilidad, que le permita cobrar las indemnizaciones propias de un contrato temporal por rompimiento injustificado *ante tempus*.

En Francia, en ausencia de un plazo distinto pactado por medio de una convención o acuerdo de rama, el plazo general es de 18 meses (artículo L1242-8-1 del *Code du Travail* —en adelante CdT—), el cual permite diversas excepciones. Se reduce a 9 meses

27 F. Carinci, R. de Luca Tamajo, P. Tosi y T. Treu. *Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, Torino, 5.ª edición, 2003, pp. 82-83.

28 De las 9:30 h, 7 de marzo de 2014.

(el concluido a la espera de la entrada efectiva de un trabajador reclutado por un contrato de duración indeterminada o en el marco de trabajos urgentes y necesarios para medidas de seguridad), se amplía a 24 meses (el contrato concluido en el marco de la salida definitiva de un trabajador por la supresión de su puesto o de un pedido excepcional de exportación o de trabajos ejecutados en el extranjero) o se condiciona a su propia naturaleza estacional (en los contratos concluidos en el marco de un empleo de carácter estacional). Tampoco son los únicos posibles, pues por medio de leyes especiales, se han establecido otros plazos, como sucede en materia de formación profesional o para promover la contratación de personas en desempleo.

En Portugal, aunque la regla general es que los contratos a término no deban tener un plazo inferior a seis meses, se regula por excepción el contrato de trabajo de muy corta duración (*contrato de trabalho de muito curta duração*, artículo 142 del CdT), que impone un plazo máximo aún más reducido del límite inferior general, en la actividad de temporada en el sector agrícola o turístico, cuando se produzca un aumento excepcional y sustancial de la actividad empresarial cuyo ciclo anual presente irregularidades derivadas del mercado respectivo o de carácter estructural que no pueden ser cubiertas por su estructura permanente, en cuyo caso la duración no puede ser superior a 35 días ni de 70 días laborables en el año natural.

La celebración sucesiva de contratos de duración determinada, con o sin solución de continuidad, es posible, sin que se califiquen todos ellos como partes de un mismo contrato de tiempo indefinido y por tanto celebrados de forma abusiva, si la causa que los origina es distinta.

En algunos casos, el solo hecho de ejecutar la prórroga puede presumir la existencia del contrato indeterminado. Esto sucede en la República Bolivariana de Venezuela: si hay dos prórrogas, “a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación” (artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras).

O más que presumirlo, como sucede en Panamá, al declararlo como tal “cuando se celebren sucesivos contratos” por tiempo definido o para obra determinada, sin posibilidad de justificaciones o intenciones de fraude y sin considerar la cercanía de un contrato y otro (artículo 77 del Código de Trabajo).

Esto sí ocurre en República Dominicana, con la sucesión de contratos para una obra o servicio determinados, donde existe una labor sucesiva que los califica como contrato por tiempo indefinido solo si entre uno y otro no existe un periodo mayor de dos meses o se trata de trabajadores pertenecientes a cuadrillas que son intercaladas entre varias obras a cargo del mismo empleador (artículo 31 del CTRD).

En España, aunque la causa pueda ser distinta, se impone un límite a la cantidad de contratos temporales que pueden ser suscritos, sin que se estimen todos ellos como parte de un mismo contrato por tiempo indefinido. Los contratos, en número de dos o más, no deben sumar un plazo superior a veinticuatro meses en un periodo de treinta meses. No interesa que entre ellos haya existido o no solución de continuidad ni que sea para el mismo o diferente puesto de trabajo ni celebrados con la misma empresa o una o más de las empresas que conforman un grupo de empresas ni que hayan sido suscritos directamente con el trabajador o por medio de empresas de trabajo temporal ni que se utilicen las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada (artículo 15.5 del ET).

La restricción adoptada otorga relevancia a la dependencia económica del trabajador a un mismo empleador, lo que resulta aún más evidente si se trata de una sucesión, subrogación o sustitución patronal.

En Francia, de forma excepcional y por las consecuencias económicas y sociales del COVID-19, con vigencia al menos hasta el 31 de diciembre de 2020, por medio de la Ley n° 2020-734 de 17 junio de 2020, se permitió que los acuerdos colectivos de empresa puedan fijar el número máximo de renovaciones de los contratos de duración determinada, siempre que ello no tenga, por objeto o efecto, mantener un empleo ligado a una actividad normal y permanente de la empresa.

Aunque la existencia de una causa de naturaleza temporal debería ser suficiente y la mejor de las “garantías”, para evitar el fraude y el abuso, porque con ella se precisa el objeto del contrato que es el que precisamente “justifica la existencia de este tipo contractual”²⁹ y su uso extraordinario, el límite de temporalidad, con o sin sucesión o renovación de contratos, una vez que se rebasa, termina imponiendo ficticiamente el carácter permanente del contrato, presumiendo *iure et iure* su existencia.

[3] **Protección hacia una precaria y relativa estabilidad.** El artículo 53 de la Constitución de Portugal “garantiza a los trabajadores la seguridad en el empleo, a la vez que se prohíben los despidos sin causa justa”, y aunque no hace mención expresa de los contratos de duración determinada, “es obvio que la garantía constitucional de seguridad laboral no puede dejar de proyectarse, con particular intensidad, en el régimen jurídico de los contratos de duración determinada”.

Mientras tanto, “la estabilidad es un valor, el paso a la precariedad es un desvalor”³⁰, de modo que aun cuando no puede interpretarse en el sentido de que se prohíben los contratos temporales, sí existe una exigencia de promover la estabilidad en el trabajo, con medidas que pueden ir desde impedir su extinción sin causa justificada hasta permitir la con el pago de indemnizaciones que disuadan al empleador de darlo por concluido *ante tempus* o mediante el establecimiento de un periodo mínimo de duración del contrato principal o de sus prórrogas. Dichas acciones están orientadas a asegurar una especie de estabilidad que no deja de ser relativa ni precaria, pero al menos construye un piso mínimo de protección y de seguridad en el empleo.

En el caso de Colombia, si bien la Ley 50 de 1990 dejó sin efecto la exigencia de que el contrato a término fijo no podía ser inferior a cuatro meses, y tenía la intención de no dejar en manos del empleador la posibilidad “de determinar sin consecuencia el contrato cuando lo considere conveniente”³¹, sí impuso un plazo mínimo de duración para el supuesto

29 J. L. Monereo Pérez, *El trabajo precario, segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral*, op. cit., p. 415.

30 Para ambas citas, vid. Leal, J. *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*, Almedina, Coimbra, 3.ª Edição, 2019, pp. 77.

31 González, G. *Derecho Laboral Colombiano*, Vol. I, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 9.ª ed., 1998, pp. 231.

específico de la cuarta y sucesivas renovaciones del contrato a término fijo que sea inferior a un año, de modo que no podrá ser inferior a los 12 meses, independientemente de la duración de las anteriores (artículo 46 del Código Sustantivo de Trabajo, en adelante CST). Adicionalmente, en situaciones en las que el empleador decidiera dar por extinguido sin justa causa el contrato o si por incurrir en faltas graves a sus deberes el trabajador lo diera por concluido, deberá cancelarle a este último una indemnización equivalente al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltara para cumplir el plazo estipulado del contrato o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, en cuyo caso la indemnización no será inferior a 15 días (artículo 64 del CST).

Sin embargo, no en todos los países existen regulaciones semejantes. En Guatemala no solo no se regula la duración mínima del contrato temporal o la de sus prórrogas, sino que la indemnización prevista es menos precisa y la remite a una fijación prudencial en sede administrativa o judicial, al mencionar que deberá pagarse los “daños y perjuicios correspondientes”, los cuales no pueden ser inferiores a un día de salario por cada mes de trabajo continuo ejecutado, que será deducido del monto que finalmente se estime (artículo 84 del Código de Trabajo). En El Salvador, si bien la indemnización por despido antes del vencimiento deberá ser calculada con los salarios básicos no percibidos hasta la fecha normal de vencimiento del contrato, se impone como tope el valor de la indemnización que la ley disponga que debe recibir por esa misma causa de extinción quien ha sido contratado por tiempo indefinido (artículo 59 del Código de Trabajo).

B. La contratación temporal: ¿entre ventajas y limitaciones?

[1] **Ventajas.** Para las organizaciones empresariales, la contratación temporal puede tener múltiples objetivos, que globalmente considerados son una ventaja frente a la contratación permanente.

Puede ser una herramienta flexible que permite enfrentar las fluctuaciones temporales del personal por causas diversas, como la incapacidad, la maternidad, la licencia con o sin goce de salario, las vacaciones y los períodos de espera para designar al titular de una plaza vacante o recién creada.

También puede permitir, con mayor facilidad que los contratos permanentes, ajustar la plantilla a las necesidades económicas y financieras de las empresas o a los cambiantes requerimientos del mercado o avances tecnológicos.

En otras ocasiones, es la forma en la que se elude los límites presupuestarios que condicionan el aumento de la planilla, desviando las contrataciones de personal a las agencias de trabajo temporal. Incluso, en el sector público no faltan tampoco las directrices presupuestarias que exigen que la forma de contratación necesariamente deba ser eventual, ocasional y en todo caso, temporal, para que no dependa de ingresos ordinarios y permanentes, como una forma, a veces cuestionable, de contener el crecimiento sostenido del gasto público.

Los contratos temporales también se asocian a la reducción de costos de la mano de obra, cuando está previsto que ciertos beneficios, especialmente convencionales, no se apliquen a este personal, a lo que puede agregarse en situaciones específicas, la ausencia de cotización a la seguridad social, cuando no existen regímenes especiales para ellos y no se encuadren dentro del régimen general, por la precariedad derivada de su temporalidad. En otros casos, la reducción de costo se asocia con la reducción de las indemnizaciones que legalmente se disponen por despido o por el cumplimiento del objeto temporal del contrato (vencimiento del plazo o terminación de la obra encargada).

También puede ser una forma de disminuir el riesgo asociado a la contratación de personal permanente, cuya idoneidad no puede más que presumirse con base en los atestados presentados o las pruebas realizadas (entrevistas, test psicométricos, etc.). Se transforma así el contrato temporal en una modalidad de contrato de trabajo a prueba, donde los valores resultantes del proceso de selección y reclutamiento, del que se deriva una "confianza basada en la expectativa de las competencias del solicitante", se sustituye por una prueba de más largo plazo, que da cabida a una "confianza basada en la experiencia de las competencias"³². Esta instrumentalización del contrato temporal, en ausencia de un régimen jurídico que regule el período de prueba, resulta

32 Matthias Seifert y Peter Pawlowsky, *Innerbetriebliches Vertrauen als Verbreitungsgrenze atypischer Beschäftigungsformen*, op. cit., S. 600.

todavía más apreciada en las organizaciones, para reducir el riesgo de darle cabida a un régimen de estabilidad reforzada o calificada a quienes, luego demuestran en el corto plazo que carecen de la idoneidad deseada.

No faltarán tampoco quienes utilicen la contratación temporal, como un mecanismo de control de los trabajadores, quienes, marcados por la incertidumbre de su continuidad, son susceptibles de ser sometidos a una mayor vigilancia, obediencia y exigencia de productividad, al menos, mientras se mantenga la expectativa de ser contratados permanentemente.

[2] **Limitaciones legales.** Aunque la enumeración de las ventajas de la contratación temporal puede presumir un fuerte impulso al uso de estos contratos, que pueden dejar de ser excepcionales y devenir en regulares, varias circunstancias explican que pese a su constatable incremento en tiempos normales y más aún en épocas de altos niveles de desempleo, siga situándose detrás de la contratación por tiempo permanente. De hecho, en tiempos como el que nos ocupa, habiendo sido seriamente afectado el mercado de trabajo por los efectos de la pandemia universal del COVID-19, los últimos contratos en verse afectados fueron los permanentes.

Reflejo del debate sobre el derecho a la estabilidad en el empleo y el poder de dirección empresarial, numerosos ordenamientos jurídicos construyeron el marco normativo en el que deben operar estos contratos temporales, partiendo de que son excepcionales. Sin embargo, esta limitación ha sido el objetivo de las reacciones legislativas que buscan la flexibilidad del régimen legal existente, como condición *sine qua non* del crecimiento del empleo formal y permanente.

Entre mayor sea la dificultad para superar estas limitaciones, más frecuentes han sido los intentos de evadirlas, mediante el fraccionamiento del plazo o el uso de contrataciones sucesivas, a veces separadas por espacios cortos de inactividad, o la desconcentración de tareas.

C. La flexibilidad en la contratación

[1] **La flexibilidad de inicio.** El debilitamiento del régimen de estabilidad por medio de la revisión de los requisitos de ingreso al mercado laboral, haciendo que el contrato temporal deje de ser un contrato excepcional y transformándolo en una modalidad cada vez más regular, que propicia una fuerza de trabajo, marginal y flexible³³, que satisfaga prestaciones de servicio limitadas en el tiempo, no por la especial naturaleza de las tareas o de las obras ni por criterios jurídicos o técnicos, sino de oportunidad o conveniencia, es una tendencia que ya surgió con fuerte insistencia en el último cuarto del siglo pasado y todavía hoy permanece como el fin de diversas políticas públicas en el ámbito social.

El incremento del plazo máximo por el que pueden ser celebrados y la ampliación de las actividades que pueden ser cubiertas por estos contratos o la derogación de las causales para celebrarlos pretenden incentivar su uso entre las empresas.

[2] **Flexibilidad de en medio.** Aunque la observancia de los límites impuestos para el lícito ejercicio del *ius variandi* puede dejar de ser un obstáculo cuando la modificación de las condiciones de trabajo se realiza mediante un acuerdo de las partes, la temporalidad del vínculo y la expectativa de ser contratado permanentemente facilitan la celebración de estos pactos dentro de los estrechos límites que bordean la irrenunciabilidad de derechos, creando un ámbito de flexibilidad que difícilmente podría ser alcanzado de otra forma.

[3] **Flexibilidad de salida.** Partiendo del supuesto, como lo afirma la *Comunicación de la Comisión Europea: Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*³⁴, de que "las legislaciones estrictas de protección del empleo fomentan frecuentemente el recurso a una serie de contratos temporales que ofrecen escasa protección y limitan la progresión a puestos de trabajo

33 Christian Hohendanner, *Befristete Arbeitsverträge zwischen Auf- und Abschwung: Unsichere Zeiten, unsichere Verträge?*, IAB-Kurzbericht, 14/2010, disponible en <http://doku.iab.de/kurzber/2010/kb1410.pdf>

34 Unión Europea: Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2007:0359:FIN>

de duración indefinida”, algunas medidas legislativas de los Estados se orientan a reducir las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos permanentes, pero también a liberar del todo o parcialmente las que corresponden con la extinción del contrato temporal que, por lo general, son menores; a lo que se unen las facilidades para dar por extinguido el contrato de trabajo, evitando en regímenes de estabilidad reforzada las autorizaciones administrativas o judiciales que previamente deben ser otorgadas por un tercero, así como las consultas preceptivas, legal o convencionalmente dispuestas, a los representantes sindicales o libremente elegidos por los trabajadores. En este contexto, es que se han multiplicado³⁵ las empresas de trabajo temporal y las subcontrataciones.

Al lado de la reducción o ausencia de costos relacionadas con el despido, las organizaciones se favorecen del menor riesgo reputacional³⁶ asociado con el cese de trabajadores permanentes y el nivel de afectación que conlleva en estos últimos, en términos de confianza, productividad y pérdida de identidad con la organización.

[4] Su ámbito de aplicación según la dimensión de las empresas. A veces, por desconocimiento del marco jurídico aplicable o por las falencias de las políticas de empleo que se orientan a regular la contratación temporal o bien, en ausencia de pactos o convenios de negociación colectiva que aseguren un control sindical o de los representantes de los trabajadores en la administración de la contratación temporal, reforzando las garantías legales existentes, en algunos países se aprecia que el uso regular de esta modalidad es, primordialmente, un asunto de empresas de ciertas dimensiones de personal, las denominadas empresas grandes, teniendo poca incidencia en empresas micro, pequeñas o medianas³⁷.

D. Una herramienta contra el desempleo

[1] Su uso para acreditar experiencia y rendimiento. Los contratos temporales puede ser un medio para mejorar la tasa de empleabilidad de quienes no cuentan con experiencia laboral y buscan una oportunidad

35 J. Pélissier, A. Supiot y A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 23.^a édition, p. 221.

36 M. de Graff-Zijl, *The economic and social consequences of temporary employment: a review of the literature*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, Discussion paper n.º 47, 2005, p. 19, disponible en https://www.researchgate.net/publication/240621843_The_economic_and_social_consequences_of_temporary_employment_a_review_of_the_literature

37 *Ibidem*.

en el mercado de trabajo. La resistencia del empleador a dar entrada, de una sola vez, a quien luego será titular de ciertos derechos de estabilidad reforzada, permite que la utilización del contrato temporal de trabajo sea una oportunidad para corroborar, en la práctica, la idoneidad del trabajador.

[2] Su uso para distribuir el escaso tiempo de trabajo. A mitad de camino —o en medio del “campo de batalla”— entre los contratos permanentes y formalizados y el contrato informal, el contrato de duración determinada, como especie del contrato temporal, es calificado como “un contrato atormentado”, que ha sido con frecuencia víctima de reformas o procedimientos legales “intransitables”, lo que solo es un efecto sintomático de “la sobrecarga funcional” del instituto³⁸.

El contrato temporal ha sido utilizado como una forma de distribuir, entre el máximo posible de personas, el escaso tiempo de trabajo existente. Sin embargo, la instrumentalización de la contratación temporal, como una medida de fomento al empleo y su verdadero impacto en la tasa de desempleo, ha sido consistentemente criticada por las organizaciones de trabajadores, que advierten que las políticas públicas en esta área deberían estar centradas en atender las necesidades de los colectivos en riesgo de exclusión social, por medio de la creación de empleos de calidad y no precarios, así como de la poca fiabilidad de las estadísticas, cuando un mismo trabajador puede contabilizarse tantas veces como contratos temporales haya suscrito en el mismo período, del mismo modo que la extinción de un contrato por tiempo indefinido puede ser sustituido por uno o varios contratos temporales, lo que no permite de forma clara y transparente conocer el impacto real de las iniciativas gubernamentales o acordadas en el marco del diálogo social y la cantidad exacta de personas en desempleo.

Entre reformas tendentes a promover el contrato de duración determinada y otros contratos temporales y reformas en sentido contrario, limitando su uso y promoviendo la formalización de contratos de duración

38 P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. IT – 380/2018, p. 3, disponible en <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Il-contratto-di-lavoro-subordinato-a-tempo-determinato-e-la-somministrazione-di-lavoro-alla-prova-de/5819.aspx>

indeterminadas, han transcurrido décadas enteras de iniciativas legales predominantemente infructuosas en la lucha contra el desempleo, la informalidad y, en general, la precariedad.

La reforma del Código de Trabajo de Panamá mediante la Ley 44, de 12 de agosto de 1995, por la cual se dictan nuevas normas regulatorias para regularizar y armonizar las relaciones laborales, fue la primera en la región centroamericana en flexibilizar las condiciones de trabajo para facilitar, entre otros objetivos, la atracción de inversión extranjera y crear nuevos puestos de trabajo. Como consecuencia, se redujeron los supuestos en los que existiría una “sucesión de contratos” temporales que recalificara la relación como de tiempo indeterminado y se amplió el plazo del período de prueba. Pese a ello, la tasa de desempleo no disminuyó en los años sucesivos de forma significativa. De hecho, durante la siguiente década³⁹ la incidencia de la reforma es ciertamente discutible, pues se observa cómo al año siguiente el desempleo abierto urbano aumentó de 16.4 % (1995) a 16.91 % (1996) y solo hasta 1999 se redujo a 13.6 %, aunque en 2001 se incrementaba a 17 %, cerrando 2004 con 14 %. A la vista de estos datos, las eventuales “rigideces” normativas del mercado laboral no son los únicos factores o los factores decisivos que determinan la creación de empleo.

En España, con las reformas introducidas en 1984, se impulsó lo que se considera como una “segmentación” del mercado laboral, al no exigirse el nexo causal en la celebración de contratos temporales y aprobarse el contrato temporal de fomento al empleo, el contrato para la formación y el contrato en prácticas. A partir la reforma de 1984, y en el siguiente quinquenio, en la población entre 15 y 24 años, los contratos temporales aumentaron de 40 % a 70 %, y entre 1985 y 1994 más del 95 % de las contrataciones se hicieron por medio de contratos temporales y la tasa de conversión de contratos temporales a indefinidos solo fue alrededor de 10 %⁴⁰. De hecho, con sucesivas reformas en 1997 y 2001, se daba un paso atrás, restringiendo el uso de los contratos temporales, introduciendo el contrato para el fomento de la contratación indefinida, a la vez que se impulsaba el contrato a tiempo parcial y se flexibilizaba la jornada de

39 OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Panorama laboral 2005*. América Latina y el Caribe. Lima: OIT, 2005, p. 91.

40 J. I. García-Pérez, I. Marinescu, J. Vall Castello, *Can Fixed-term Contracts Put Low Skilled Youth on a Better Career Path? Evidence from Spain*, op. cit., p. 7.

trabajo con la posibilidad de distribuirla en el tiempo, de acuerdo con un tope anual, lo que respondía “al convencimiento de que si bien puede ayudar a flexibilizar el mercado, el excesivo recurso a la contratación temporal desincentiva la inversión empresarial en la formación de los trabajadores, lo que puede acarrear falta de motivación y consecuente estancamiento o en su caso empeoramiento de la productividad y la competitividad empresarial”⁴¹. Pese a los incentivos, ni se redujeron los contratos temporales ni aumentó la estabilidad en el empleo⁴². A ellas siguieron otras reformas más, entre ellas, la de 2006 (Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo), que también se orienta a impulsar la contratación indefinida y la conversión de los contratos temporales en fijos, mediante bonificaciones y reducción de cotizaciones al Fondo de Garantía Salarial y al desempleo, además de limitar la contratación sucesiva de contratos temporales⁴³, y la de 2010, que completa para algunos, el “objetivo real” durante esas poco más de dos décadas de las reformas laborales, de “transferir” el riesgo empresarial a los trabajadores⁴⁴. Un largo recorrido, en poco más de 25 años, que puede ser reflejo, de lo que puede considerarse como el enfrentamiento de dos planteamientos radicales “entre una deontología (jurídica), nítidamente posicionada a favor del empleo estable, y una ontología (económica), volcada rabiosamente por la flexibilidad de entrada y la temporalidad de los contratos”⁴⁵.

Más recientemente, en Brasil la Ley N° 13.467, de 13 de julio de 2017, altera la CLT y las Leyes núm. 6019, de 3 de enero de 1974, núm. 8036, de 11 de mayo de 1990 y núm. 8212, de 24 de julio de 1991, a fin de adecuar la legislación a las nuevas relaciones de trabajo en un nuevo intento por incluir los contratos temporales como parte de las herramientas frente al desempleo. La iniciativa creó nuevas modalidades de contratación parcial, intermitente y temporal, pero resultó infructuoso.

-
- 41 M. Trillo Ojea, “Los contratos temporales y a tiempo parcial como formas de trabajo atípicas. Especial referencia a su régimen de seguridad social”, *Gaceta Laboral*, v.15 n.º 1 Maracaibo, 2009, p. 2, disponible en http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-85972009000100005&script=sci_arttext
- 42 J. I. García-Pérez, I. Marinescu, J. Vall Castello, *Can Fixed-term Contracts Put Low Skilled Youth on a Better Career Path? Evidence from Spain*, *op. cit.*, p.8.
- 43 M. Trillo Ojea, *Los contratos temporales y a tiempo parcial como formas de trabajo atípicas. Especial referencia a su régimen de seguridad social*, *op. cit.*, p. 8.
- 44 J. L. Monereo Pérez, *El trabajo precario, segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral*, *op. cit.*, p. 404.
- 45 A. Ojea Avilés, *La deconstrucción del derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 619.

La tasa de desocupación nacional⁴⁶, que en 2017 era de 12.7 %, casi no tuvo modificaciones en los años siguientes y en el período de 2018 a 2019 se ha mantenido entre 12.5 % y 12.2 %, poniendo “en jaque”⁴⁷ los principales argumentos que se invocaron para justificar que era necesaria la modernización de la normativa.

Con objetivos y resultados similares y lejos de ser las únicas iniciativas legales que pueden citarse, el 12 de julio de 2018, promovido por el Movimiento 5 Estrellas (M5S), en Italia fue aprobado el Decreto Dignidad, que introduce medidas urgentes para la dignidad de los trabajadores y las empresas. Esta iniciativa procura desincentivar la celebración de contratos temporales y promover la contratación permanente, entre otras, por medio de varias medidas: a) se reduce el plazo máximo del trabajo de duración determinada de 36 meses a 12, ampliables a 24 siempre que se demuestre que existen las condiciones que lo permiten (“necesidades temporales y objetivas ajenas a las actividades ordinarias o necesidades de sustitución de otros trabajadores” y “necesidades relacionadas con incrementos temporales, significativos y no programables de la actividad ordinaria”), condiciones que no existían; b) se reduce el plazo máximo del contrato de 36 a 24 meses en casos de sucesión de contratos, “celebrados para el desempeño de funciones del mismo nivel y categoría jurídica”; c) se reduce el número de prórrogas de 5 a 4, y d) se incrementa en 0.5 % la cotización a la seguridad social con motivo de cada renovación del contrato de duración determinada.

Como fue rápidamente advertido, aunque la reforma procuraba enfrentar la precariedad en el empleo, desincentivando el uso del contrato temporal, de una parte, el primer contrato de duración determinada, al menos el celebrado hasta los 12 meses, “asume claramente el papel de prueba” al no estar condicionado a ninguna causal específica y, de otro lado, la transformación de los contratos de tiempo determinado en permanentes dependería de que luego de los 12 meses o al término de los 24, existan “necesidades reales de la empresa” para seguirle contratando, lo que frecuentemente solo sucede en posiciones “con

46 OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Panorama Laboral 2019*. América Latina y el Caribe. Lima: OIT, 2019, p. 99.

47 A. Peixoto y J. B. Wurmbauer, A Escola do Trabalhador, a reforma trabalhista e o seguro-desemprego: o desafio da empregabilidade. *Inclusão Social*, 12(2), 2019, p. 243, disponible en <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/4676>

cierto grado de profesionalidad”, y, en el caso de que la contratación responda desde su inicio a una de las condiciones exigidas por la ley, su misma temporalidad hará poco probable que se extienda más allá de los 24 meses⁴⁸.

En el primer trimestre de empleo de 2019, los datos de tendencias de empleo arrojaron un moderado incremento del empleo comparado con el cuarto trimestre de 2018, con una reducción de los contratos de duración determinada, influenciada por un aumento significativo de las transformaciones de contratos de duración determinada a permanentes⁴⁹, y a finales de ese mismo año, en el cuarto trimestre, la tendencia fue prácticamente la misma, si se comparan los resultados del IV cuatrimestre de 2018 y el IV cuatrimestre de 2019, aunque por primera vez, desde octubre de 2018, los contratos de duración determinada entre octubre y diciembre de 2019 no disminuyeron⁵⁰. Esta estabilidad de la contratación temporal, en todo caso, desapareció con el inicio de la crisis sanitaria en el primer trimestre de 2020⁵¹.

Aunque es difícil que se alcance un consenso, sobre todo por las diferencias ideológicas-partidistas de que la tendencia ya descrita sea producto de la reforma⁵², con estos datos resulta cierto que, en términos absolutos y antes de marzo de 2020, las contrataciones y renovaciones de contratos por tiempo determinado se habían reducido drásticamente.

En todo caso, pese a que se ha querido desincentivar la prórroga de los contratos de duración determinada, las consecuencias derivadas del estado de emergencia por el COVID-19; sucesivas iniciativas, como las aprobadas mediante la Ley 27, de 24 de abril de 2020, de conversión en Ley, con modificaciones, del Decreto Ley 18, de 17 de marzo de 2020, que contiene medidas para reforzar el Servicio Nacional de Salud

48 P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, op. cit., p. 34.

49 Istat, *Nota trimestrale sulle tendenze dell'occupazione: I trimestre 2019*, 19 giugno 2019, disponible en <https://www.istat.it/it/files/2019/06/NotaTrimestrale-Occupazione-I-2019.pdf>

50 Istat, *Nota trimestrale sulle tendenze dell'occupazione: IV trimestre 2019*, 19 marzo 2020, disponible en <https://www.istat.it/it/files/2020/03/NotaTrimestrale-Occupazione-IV-2019.pdf>

51 Istat, *Nota trimestrale sulle tendenze dell'occupazione: I trimestre 2020*, 19 giugno 2020, disponible en <https://www.istat.it/it/files/2020/06/NotaTrimestrale-Occupazione-I-2020.pdf>

52 *I contratti a tempo indeterminato stanno aumentando con il decreto Dignità?*, 21 giugno 2019, disponible en https://www.agi.it/fact-checking/decreto_dignita_contratti_tempo_indeterminato-5698897/news/2019-06-21/

y prestar apoyo económico a las familias, los trabajadores y las empresas vinculados a la emergencia epidemiológica del COVID-19, y el Decreto-Ley 34, de 19 de mayo de 2020, de medidas urgentes en materia de salud, apoyo al trabajo y la economía, así como políticas sociales relacionadas con la emergencia epidemiológica por COVID-19, han permitido, en el caso de servicios especiales o siempre que no se rebasen determinadas fechas de vigencia de los contratos, que se supere los límites de prórroga impuestos por el Decreto Dignidad, en relación con los contratos de duración determinada, sin riesgo de transformarse en contratos por tiempo indeterminado.

En definitiva, esta búsqueda de un “delicado equilibrio” entre la flexibilidad necesaria y la promoción de un empleo decente que reemplace el empleo precario, las reformas se suceden de forma continua en una u otra dirección, con lo que siempre estaremos con conclusiones pendientes de elaborar, a la espera, inevitablemente, de la próxima iniciativa y de nuevo actualizar el estado de la situación⁵³.

[2.1.] Un régimen contractual único. Pese a estos resultados, algunos estudios siguen señalando que, para mejorar la creación de empleo, la legislación laboral que regula las distintas formas de contratación debe reformarse. En específico, respecto del contrato temporal, apuntan hacia la eliminación de sus diferencias con los contratos permanentes y la creación de un único modelo⁵⁴, cuyas indemnizaciones estén basadas en el criterio de antigüedad o duración del empleo, algo que ya se tiene como regla en países como España (artículo 49.1.c) del ET).

La discusión que ello conlleva es hacia dónde debe dirigirse con mayor impulso la convergencia y si el punto de encuentro se situará más próximo al contrato de mayor o menor protección, un reto en la búsqueda de un dificultoso balance entre la progresividad o la regresividad de tan pretendida reforma.

53 J-C Javillier, *Droit du travail*, LGDJ, Paris, 5.ª edición, 1996, pp. 201-202.

54 J. Zhou, *Reforming Employment Protection Legislation in France*. IMF Working Paper n.º 06/108, 2006, p. 3, disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/Reforming-Employment-Protection-Legislation-in-France-19112>

La *Comunicación de la Comisión Europea: Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*⁵⁵ incluye, como primer itinerario en esta transición, abordar la “segmentación contractual” para que los contratos temporales dejen de ser una “trampa” en lugar de un “punto de apoyo” para los trabajadores, ya sea por medio del incremento de las condiciones de empleo, acercándolo al contrato permanente (especialmente, en cuanto a la cobertura de fondos de pensiones y el acceso a la formación), a la vez que se limita su uso por ley o negociación colectiva, o bien reformulando el contrato por tiempo indefinido, eliminando el uso de contratos temporales y permitiendo que, conforme a la antigüedad acumulada, la protección fuese aumentando progresivamente hasta obtener la plena protección que actualmente recibe un contratado de manera permanente, a lo que debe asociarse una revisión del régimen de despido por razones económicas.

Se trata de una “tercera visión” del mercado laboral, en cuyo ámbito ha existido un enfrentamiento de “dos visiones radicalmente diferentes” —flexibilidad y seguridad— que ha propiciado el estancamiento de las reformas o avances en una u otra dirección según el equilibrio ceda a uno u otro interés⁵⁶.

[2.2.] La ampliación de la tipología contractual y el control contra el fraude y el abuso. La ampliación de la tipología contractual permite crear nuevas modalidades de contratación de naturaleza temporal para actividades que, de otra forma, deberían ser reguladas mediante contratos por tiempo indeterminado, flexibilizando, respecto del régimen general, las reglas de ingreso y, especialmente, los requisitos y costos de salida de estas modalidades.

Por ejemplo, en España⁵⁷ se establecieron los contratos formativos — que comprende tanto el contrato en prácticas como el contrato para

55 Unión Europea: Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, op .cit.

56 P. Auer, *Security in labour markets: Combining flexibility with security for decent work*, Economic and Labour Market Papers 2007 / 12, International Labour Office, Geneva, pp. 5-6, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---analysis/documents/publication/wcms_113923.pdf

57 J. Cruz Villalón, *Compendio de derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 12.ª edición, 2019, pp. 187-189.

la formación y el aprendizaje—, el contrato de relevo, el contrato de fomento del empleo de discapacitados, el contrato para personas con riesgos de exclusión social por parte de empresas de inserción, etc.

Aunque el empleo temporal, en comparación con otras formas atípicas de empleo precario, “contiene un menor grado de mercantilización o deslaboralización de la relación”, los excesos en los que se ha incurrido son “reprochables”⁵⁸. La lucha contra la precariedad y el incremento en el uso de contratos temporales exige nuevos requerimientos legales de control, que tratan de evitar su uso fraudulento o el abuso de esta figura. El cumplimiento de causas específicas que justifiquen el contrato, las actividades en las que es posible que se constituya una excepción al contrato permanente, un plazo máximo de contratación o una cantidad tope de contratos sucesivos, además de impedir que sea la vía de reemplazo de trabajadores por tiempo indefinido, etc., son parte del conjunto de medidas que se aprueban, se ensayan y vuelven a revisarse, con el mismo objetivo.

[2.3.] Los incentivos paralelos a la contratación permanente. Al mismo tiempo que se amplía la variedad y se facilita el uso de contratos temporales, se promulgan políticas públicas orientadas a incentivar la contratación permanente o la conversión de los contratos temporales en permanentes, mediante la reducción de las cuotas a la seguridad social o de las obligaciones fiscales y la entrega de ayudas directas al empleador para hacer frente al pago de salarios; incentivos transitorios, cuya duración depende de la capacidad presupuestaria y limitada del mismo Estado.

Estos incentivos se han incrementado durante 2020 en el contexto de la actual pandemia. En el caso de Francia⁵⁹, en julio de 2020, el Gobierno presentó un plan de apoyo masivo para el empleo juvenil, que comprende beneficios para los empleadores, entre otros, ayudas para compensar los gastos originados por la contratación de jóvenes cuya inserción ocurra entre agosto de 2020 y enero de 2021, bonos

58 A. Ojeda Avilés, *La deconstrucción del derecho del trabajo*, op. cit., pp. 609-610.

59 *Employeurs: quelles aides en matière d'embauche?*, disponible en <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/aides-employeur-emploi>

para promover los contratos de aprendizaje y profesionalización, ayudas para la contratación de trabajadores discapacitados, reducción de cargas sociales, etc.

E. Las consecuencias de la ausencia de estabilidad

[1] Desde una perspectiva macroeconómica. Las ventajas que la contratación temporal puede ofrecer en el corto plazo a las empresas no necesariamente constituyen para el conjunto de la sociedad un beneficio deseable y especialmente sostenible.

El contrato temporal ofrece menos garantías de estabilidad y una menor percepción de ingresos estables, reduce las proyecciones a largo plazo de los trabajadores y las personas que conforman su núcleo familiar, afectando los niveles de consumo e inversión, lo que en períodos de crisis económicas y financieras, como la ocurrida de 2008 a 2010 y, actualmente, con la crisis sanitaria originada en el COVID-19, que ha superado con creces la anterior, acentúa los efectos perniciosos de una economía en recesión y las tasas de desempleo.

A ello se une la pérdida de renta e ingreso por impuestos y su impacto en las cuentas públicas, una mayor desigualdad, marginación y riesgo de exclusión social de ciertos colectivos y afectaciones en la natalidad y la seguridad ciudadana⁶⁰, lo que también termina afectando a los trabajadores permanentes, al deteriorarse el Estado de bienestar⁶¹, pese a poder considerar *a priori*, que entre mayor es la cantidad de trabajadores temporales en la empresa, gozan de una mayor seguridad laboral, pues menor es su posibilidad de perder el empleo⁶².

[2] Impacto en la salud. El trabajo precario, incluidos dentro de este los contratos temporales, conforme a la literatura científica, “influye negativamente en la salud física y mental (dolores musculares, dolores

60 E. Sanromà Meléndez, “El mercado de trabajo español en la crisis económica (2008-2012): Desempleo y reforma laboral” (2012), *Revista de Estudios Empresariales*. Segunda Época, núm. 2, 2012, p. 30, disponible en <https://www.dialnet.uniroja.es>

61 A. Merino Segovia, “Los efectos de la crisis en el empleo. Integración económica, estado de bienestar y medidas de fomento del (des)empleo”, en *IUS*, año VIII, núm. 33, 2014, p. 62, disponible en <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/133>

62 M. de Graff-Zijl, *The economic and social consequences of temporary employment: a review of the literature*, op. cit., p. 14.

de espalda, cansancio, absentismo laboral por enfermedad) y es fuente de insatisfacción laboral⁶³, lo que repercute en el nivel deseable de bienestar de la población.

[3] **Una sociedad de dos niveles.** La previsión de que en periodos de crisis los primeros contratos en extinguirse —se trata del efecto de “amortiguador” para el que fue diseñado este tipo de contratos⁶⁴— son los temporales, sin probabilidad alguna de renovación, se sigue cumpliendo, demostrando precisamente la existencia de esa denominada “sociedad de dos niveles”, a la que se refería la OCDE en un estudio del mercado laboral alemán sobre la situación laboral entre los empleados permanentes y los de plazo fijo, especialmente durante la crisis que finalizó en 2010⁶⁵.

Esta dualidad de trato se observa también en el hecho de que tanto la suspensión de los contratos de trabajo como la reducción de jornadas y de salario, son todavía fases previas de un proceso de deterioro paulatino de la estabilidad del contrato permanente, por el que evidentemente no pasarán los contratos temporales.

En la crisis que inició en 2008, cuyos efectos se prolongaron por varios años más, estos se pudieron percibir en países como España y Holanda. El ajuste en las empresas por la fuerte caída de la demanda no se dirigió a reducir el tiempo de trabajo y rebajar salarios, sino que, en ambos países, conforme a las encuestas realizadas por medio de la Wage Dynamics Network del Banco Central Europeo, la mayor parte de las empresas optó por reducir sus plantillas, afectando especialmente a trabajadores temporales⁶⁶.

Al menos en España, para algunos, la “elevada rigidez de los salarios reales frente a las perturbaciones” ocasionada por la crisis es la que

63 V. Escribà-Agüir y J. Fons-Martinez, “Crisis económica y condiciones de empleo: diferencias de género y respuesta de las políticas sociales de empleo”, *Gaceta Sanitaria*, v. 28, supl. 1, 2014, p. 41, disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911114000831>

64 N. J. Nash y J. Romero, Flexible Workforce: The role of temporary workers in recession and recovery, *Econ Focus*, Federal Reserve Bank of Richmond, vol. 15(1Q), 2011, p. 21, disponible en <https://ideas.repec.org/a/fip/fedrf/y2011i1qp21-2338nv.15.no.1.html>

65 Ch. Hohendanner, *Befristete Arbeitsverträge zwischen Auf- und Abschwung: Unsichere Zeiten, unsichere Verträge?*, op. cit.

66 E. Sanromà Meléndez, *El mercado de trabajo español en la crisis económica (2008-2012): Desempleo y reforma laboral* (2012), op. cit., p. 41.

“acaba provocando el ajuste del empleo temporal”, a lo que se une sin duda, la mayor facilidad y menor coste de salida de estos trabajadores⁶⁷. Una crítica a la rigidez que está en el centro del debate, sostenida por argumentaciones que, para otros, son ambiguas, porque pese a que en el período de 2008 a 2012, insistentes reformas han “dado cumplimiento a exigencias externas provenientes de organismos e instituciones internacionales”, para desregularizar el mercado laboral, la destrucción de empleo temporal fue masiva⁶⁸.

No obstante, en los países que tienen un régimen de libre despido, se requiere un mayor esfuerzo para comprender estas diferencias, dado que la suscripción de un contrato permanente ofrece a los trabajadores una débil percepción de estabilidad, a diferencia de aquella que disfrutaban los trabajadores contratados bajo esta modalidad en los países en los que la extinción del contrato solo puede ocurrir por el cumplimiento de una causa legalmente dispuesta.

Precisamente por ello, la reducción de la “segmentación de los mercados” y, con esto, de las diferencias de “los que están dentro” y “los que están fuera” no solo debe ser un desafío de las políticas sociales ante situaciones de evidente precariedad de las relaciones de empleo, sino también en los casos de contratos formales de trabajo permanente, que no se encuentren protegidos por medidas adecuadas que garanticen seguridad en el empleo, como lo recuerda la *Comunicación de la Comisión Europea: Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante las flexibilidad y la seguridad*⁶⁹.

Esto también coincide con el punto 7 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, cuando menciona la importancia de que en el mercado interior se busque “la aproximación, por la vía del progreso” de las condiciones entre el trabajo por tiempo indefinido y otras formas de trabajo, como los de trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada.

67 *Ibid.*, p. 49.

68 A. Merino Segovia, *Los efectos de la crisis en el empleo. Integración económica, estado de bienestar y medidas de fomento del (des)empleo*, op. cit., pp. 68-69.

69 Unión Europea: Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, op. cit.

Se trata del mismo objetivo que impulsó, por medio del diálogo social, la promulgación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP.

De acuerdo con la Directiva, esta “aproximación” se basará en ciertos pilares: 1. el principio de no discriminación (cláusula 4), de modo que cuando se justifique un trato diferente por razones objetivas, se aplicará el principio de *pro rata temporis*; 2. medidas destinadas a evitar la utilización abusiva —debería ser “fraudulenta” en unos casos y “abusiva” en otros⁷⁰— (cláusula 5), como la introducción, según las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, de una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada o c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales; 3. medidas de información y oportunidades de empleo (cláusula 6), para garantizar a quienes tengan un contrato de duración determinada, las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores y facilitar el acceso de estos trabajadores a las oportunidades de formación adecuadas para mejorar su cualificación profesional, el desarrollo de su carrera laboral y su movilidad profesional.

La necesidad de garantizar medios para la formación resulta indispensable, especialmente, si se tiene en cuenta que cuando más predominante es la presencia en la fuerza de trabajo de contrataciones temporales, existe un desincentivo para que las organizaciones inviertan en estos programas, dado que mientras menos tiempo permanece el trabajador en la empresa, menor es el periodo de amortización de la inversión⁷¹.

[4] La necesidad organizacional de un nivel mínimo de confianza. Se ha advertido, que pese a los beneficios que normalmente se les atribuyen a los contratos temporales y, en general, a las formas atípicas de contratación, el aumento del número de estos contratos afecta “la mayor necesidad intraorganizacional de confianza vertical (entre empleados y

70 Sobre la diferencia en el uso de uno u otro concepto, vid. A. Ojeda Avilés, *La deconstrucción del derecho del trabajo*, op. cit., p. 662.

71 M. de Graff-Zijl, *The economic and social consequences of temporary employment: a review of the literature*, op. cit., p. 10.

directivos) y horizontal (entre empleados)". Aunque se reconoce que la contratación temporal puede generar algún grado de confianza mínimo entre las partes y la misma organización, carece de la posibilidad de establecer y consolidar "estructuras de confianza internas estables y a largo plazo"⁷².

En ese sentido, algunos estudios han concluido que es más probable que los empleados muestren un comportamiento más dispuesto al rendimiento, la lealtad y la productividad, lo que finalmente contribuye a una mayor competitividad, que son elementos indispensables para el éxito de las organizaciones, en relaciones laborales a tiempo completo, estables y a largo plazo, con una relativa "garantía de empleo"⁷³, que en aquellas que son temporales.

[5] **La relación costo vs. beneficio de la desvinculación del personal permanente.** La acusada posibilidad de que exista una tendencia de eliminación de contratos permanentes que puedan ser suplidos por contratos temporales, también debe ser ponderada en consideración de otros costos asociados que son significativos para las organizaciones. La inversión en el personal, ya sea en su formación inicial para su adecuada adaptación al puesto de trabajo o en el desarrollo de sus competencias para facilitar su movilidad horizontal y vertical, exige de las organizaciones la implementación de acciones orientadas a su retención tanto durante las fluctuaciones normales e imprevisibles de la planilla como en ocasión de una planificada sustitución de quienes, en cualquier nivel de la empresa, deben retirarse de esta, permitiendo que se afiance la carrera y desarrollo profesional de quienes le sustituyen.

F. Sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias

[1.] **Seguro por desempleo.** Al dato ya expuesto de que pocos países en América Latina tienen seguros por desempleo, debe unirse que los beneficios que se reconocen quedan normalmente reservados para trabajadores formales por tiempo indefinido y solo en algunos casos se ha ampliado a trabajadores rurales, agrícolas, de la construcción y

72 Matthias Seifert, Peter Pawlowsky, *Innerbetriebliches Vertrauen als Verbreitungsgrenze atypischer Beschäftigungsformen*, op. cit., S. 599-560.

73 *Ibidem*, S. 561.

con contratos a plazo. Este fue el caso, en el pasado, de países como Argentina, con los trabajadores agrícolas temporales y ocasionales; Brasil, con los trabajadores de la pesca artesanal, quienes han sido rescatados del trabajo forzoso, y trabajadoras domésticas; Uruguay, con los trabajadores domésticos; Chile, con los trabajadores contratados a plazo, y la República Bolivariana de Venezuela, con los trabajadores independientes, domésticos y a domicilio. En todo caso, la extensión de la cobertura siempre ha enfrentado dos obstáculos importantes: la exigencia de un mínimo de aportes previos y la alta proporción de empleo informal⁷⁴.

En otros países de la región, algunas iniciativas coyunturales se han aprobado para atender, en medio de la actual crisis sanitaria, los efectos de una situación puntual y temporal, sin constituir en realidad un seguro permanente por desempleo. En Costa Rica, con graves problemas de financiamiento, que han afectado la sostenibilidad y cobertura de la iniciativa en el contexto de una significativa crisis fiscal, se aprobó el 17 de abril de 2020 el Decreto Ejecutivo N° 42305, por el que se crea el Plan Proteger, que otorga un bono mensual que ha sido prorrogado hasta diciembre de 2020, en el que se incluyeron como parte de los beneficiarios a los trabajadores temporales o informales cuyos ingresos se hubieren reducido (sin indicar el porcentaje) desde el inicio de la declaratoria de emergencia nacional por el COVID-19, que ocurrió en marzo de ese año.

[2.] **Derecho a vacaciones.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU⁷⁵ realizaba la observación de que en cumplimiento del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que asegura a cualquier persona el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, “todos los trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores temporales, deben tener vacaciones anuales pagadas”, en correspondencia con lo dispuesto

74 M. Velásquez Pinto, “Un análisis de la protección ante el desempleo en América Latina”, en Alberto Isgut y Jürgen Weller (eds.), *Protección y formación: instituciones para mejorar la inserción laboral en América Latina y Asia*, Libros de la CEPAL, N.° 140 (LC/G.2687-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2016, pp. 98-100 y 102, disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/S2000325_es.pdf

75 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, *Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, núm. 23 (27 de abril de 2016), sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, p. 11.

en el Convenio de la OIT sobre las Vacaciones Pagadas (Revisado), 1970 (núm. 132), una vez superado el “período mínimo de servicios” que disponga la ley, que debería ser el menos excluyente posible para no hacer nugatorio el disfrute de este derecho en labores especialmente caracterizadas por un alto uso de contratos temporales y de rotación entre empleadores.

[3] **Trabajo decente.** La necesidad de una mayor cobertura de la seguridad social para los trabajadores temporales y una garantía de estabilidad, más allá de la simple permanencia en un puesto de trabajo, “sino también en las transiciones laborales y en las oportunidades reales de ocupación”, son parte de los límites a la “mercantilización” del trabajador⁷⁶. El derecho a condiciones equitativas y satisfactorias, como el derecho a vacaciones, independientemente del tipo de contrato de trabajo celebrado, en un mercado de trabajo segmentado y en el que se ha instaurado la sociedad de riesgo, forma parte del nivel mínimo de bienestar social que debe asegurarse a cualquier persona.

De otro lado, mientras mayor es el nivel de estabilidad, se incrementa la posibilidad de que la persona pueda ejercer los derechos inherentes a su condición de ciudadano y, en el ámbito de trabajo, en especial, sus derechos colectivos.

Precisamente, y aunque resulta paradójico, no en pocas ocasiones ha sido la misma negociación colectiva la que ha venido a terminar de aplicar un trato desigual a los trabajadores temporales respecto de los trabajadores permanentes, sin que se vislumbre ninguna justificación para ello ni siquiera por el hecho de que se trate de un colectivo donde el nivel de sindicalización suele ser bajo o inexistente. Pero la paradoja no acaba allí, si se tiene en cuenta que, en algunos países, y en ciertas organizaciones, mientras ocurre lo anterior, los trabajadores de las empresas de trabajo temporal o los interinos de las empresas subcontratistas sí se han beneficiado de los estatutos convencionales en ellas aprobados⁷⁷.

76 J. L. Monereo Pérez, *El trabajo precario, segmentación y dualización de los mercados de trabajo y políticas de flexibilidad laboral*, op. cit., pp. 390-391.

77 J. Pélissier, A. Supiot y A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., p. 221.

EL TRABAJO INFORMAL Y LOS DERECHOS: NOTAS PARA SU COMPRESIÓN Y DEBATE

Manuel Ramón Herrera Carbuccia*

Sumario: Preámbulo. 1. La caída de las fronteras del derecho del trabajo. 2. Los derechos de los trabajadores informales. 2.1. Concepto. 3. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la informalidad. 4. Trabajador ordinario y trabajador informal. 5. Trabajador informal. 5.1. Clasificación. 5.2. El trabajador independiente. 5.3. El trabajador inmigrante. 5.4. El trabajador de campo o agrícola. 5.5. El trabajador doméstico. 5.6. El trabajador de la construcción. 5.7. El trabajador de la pequeña y mediana empresa. 6. Seguridad social e informalidad. 7. Informalidad y Estado social. 7.1. Estado social. Reflexiones finales.

Preámbulo

En este breve ensayo realizaremos una aproximación al estudio de los derechos del trabajo informal, debido a que este concepto está en un proceso de “redefinición” y búsqueda de forma de tutela. No trataremos de encontrar soluciones salvadoras a la exclusión de los derechos y garantías del derecho del trabajo en su visión tradicional, sino que presentaremos planteamientos basados en los principios y las garantías propias de un Estado social de derecho. Nuestro fin es localizar las falencias que antes eran una excepción y ahora son lo común, tal y como sucede en nuestros países con los contratos por tiempo determinado. Pretendemos realizar un estudio que se aproxime a la realidad de los hechos.

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Juez de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los laboralistas, al ignorar el tema de los derechos de los informales, tenemos cuentas pendientes, pues muchas veces lo tratamos con una visión más cercana a la sociología y a la economía que a lo jurídico¹, sin tener en cuenta que el tema tiene una relación directa con la “supervivencia”² y, diríamos nosotros, con la salud y la fortaleza de la materia laboral.

Para aproximarnos a “los derechos de los informales” hay que tener una idea clara de que el derecho del trabajo ha cambiado, por eso veremos, en primer plano, un análisis sobre la caída de las fronteras del derecho del trabajo, las discusiones doctrinarias sobre esta, las diferentes definiciones sobre el trabajo informal, además de un repaso sobre la posición de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con énfasis en la Recomendación 204 de ese organismo. Entendemos necesario, y así lo hacemos constar, un detalle sobre los derechos del trabajador ordinario en las relaciones individuales y en sus relaciones colectivas, cómo se reflejan esos derechos en los trabajadores donde se evidencia el trabajo informal, el independiente, el del inmigrante, el agrícola, el doméstico, el de la construcción, el de la pequeña y mediana empresa, así como también el problema de la informalidad de la seguridad social.

Esta aproximación no pretende dejar todo esclarecido, procuramos dar una nota de alarma acerca de los elementos principales de los trabajadores que laboran en condiciones serias de vulnerabilidad y con pocos o, como en la mayoría de los casos, con ningún derecho laboral de protección.

1. La caída de las fronteras del derecho del trabajo

Al utilizar una nota de Rogmanoli que define el espacio del derecho del trabajo como una frontera en continua expansión hacia nuevos supuestos³, en esos casos, algunos muros de esas fronteras se expanden,

1 Manuel Ramón Herrera Carbuccia, “Seguridad social para los trabajadores migrantes e informales”, Primer Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chihuahua, México, del 9 al 12 de octubre de 2012.

2 Humberto Villasmil Prieto, “La Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal desde la perspectiva del derecho del trabajo”, Santiago de Chile, septiembre de 2016, p. 2.

3 Antonio Ojeda Avilés, *La desconstrucción del derecho del trabajo*, Madrid: La Ley, 2010, p. 356.

pero también otros caen, sin perspectivas de erigirse nuevamente, pues se está en una nueva geografía jurídica⁴. Por eso, una parte de la doctrina comienza a hablar de un derecho de trabajo sin adjetivo, es decir, como un derecho que “estudia el trabajo humano”, analiza el trabajo en todas sus variantes y ejecuciones y no se limita al trabajo subordinado.

El modelo fordista taylorista entró en crisis, pues se basaba en “la fragmentación del trabajo” que fue un aspecto esencial de la modalidad laboral: los trabajadores debían especializarse en tareas breves y consecutivas, que luego se unirían en la cadena de producción. Este modelo que se inició con Ford en la construcción de automóviles, a nuestro entender, en la República Dominicana, América Central y México, llegó a su expresión más alta en las empresas de zonas francas, con las particularidades propias de esas empresas y la globalización de la elaboración del producto final.

Como sostiene el profesor J. Raso Delgue, la crisis del derecho típico no ha sido un hecho aislado, sino que ha estado acompañado de las profundas transformaciones institucionales de las últimas décadas.⁵ La construcción de un derecho del trabajo modelado en torno al trabajador subordinado perteneció a esa “cultura de la uniformidad”, que estableció reglas para definir un mundo razonablemente seguro, donde cada uno tenía un lugar en la mesa: “el empresario, el profesional, el empleado, el obrero [...]”. Es decir, que en el terreno de las relaciones de trabajo tradicionales y formadas en el ámbito de la empresa, la caída de la sociedad del Estado de bienestar no es causa de nuestros Estados —donde nunca hubo pleno empleo, sino desempleo, subempleo y problemas propios de los países llamados en vía de desarrollo, donde el trabajo precario y el irregular se han convertido en elementos habituales con los cuales se debe convivir⁶, donde han llegado a niveles preocupantes por las grandes desigualdades y formas irregulares de trabajo y un derecho del trabajo en crisis de eficacia—, sino de formas de trabajo que hagan efectiva la protección de los derechos.

4 *Ibid.*

5 Juan Raso Delgué, “Economía globalizada, formas atípicas de trabajo y desregularización ante el fenómeno de la economía sumergida”, en José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quezada (dir.), *Derecho social y trabajo informal*, Granada: Comares, 2016, p. 60.

6 *Ibid.*, p. 61.

El denominado trabajo periférico se ha expandido a “nuevas formas de trabajo” que para algunos comprende el trabajo casual o esporádico, el autónomo, el independiente y el trabajo a domicilio⁷. A lo anterior se une la expansión sin precedentes de la era moderna del desempleo estructural, que abarca a todo el mundo⁸. Según R. Antunes “hay un proceso contradictorio que, por un lado, reduce al proletariado industrial y fabril; y por el otro aumenta el subproletariado, el trabajo precario, o los asalariados del sector servicios”⁹, es decir, “hay un proceso de mayor heterogenización, fragmentación y complejización de la clase trabajadora”¹⁰.

A ese entramado se visualiza una “desproletarización del trabajo industrial, de la incorporación del trabajo femenino, la subproletarización del trabajo, a través del trabajo parcial, temporario [...] y una expansión del sector Servicios”¹¹. Para algunos autores esto tiene una “consecuencia muy importante al interior de la clase trabajadora, que comprende una doble dirección: paralelamente a la reducción cuantitativa del proletariado industrial tradicional, se da una alteración cualitativa en la forma de ser del trabajo, que por un lado impulsa hacia una mayor calificación del trabajo, y por el otro impulsa a una mayor descalificación”¹². Así veremos a abogados, médicos, profesionales jóvenes con conocimiento de idiomas que trabajan en *call centers* y en unidades de taxi Uber; igualmente, el crecimiento del sector de la construcción genera una necesidad de trabajadores, que en la mayoría de los casos son extranjeros sin ninguna calificación y con mucha ejecución de trabajo irregular.

El análisis de nuevas formas de protección a través de un examen medurado y expansivo de la subordinación jurídica podía dar respuesta a un grupo de supuestos que se están presentando¹³. La descentralización productiva de la empresa, la tercerización, el abuso en la subcontratación, conlleva un aumento de la pérdida de derechos de los trabajadores y el traslado de derecho a otros trabajadores con trabajos temporales y

7 Antonio Ojeda Avilés, *La desconstrucción del derecho del trabajo*, p. 361.

8 *Ibid.*, p. 357.

9 Ricardo Antunes, *¿Adiós al trabajo? Ensayo sobre la metamorfosis y la centralidad del mundo del trabajo*, Sao Paulo: Cortez, 1995, p. 54.

10 *Idem.*

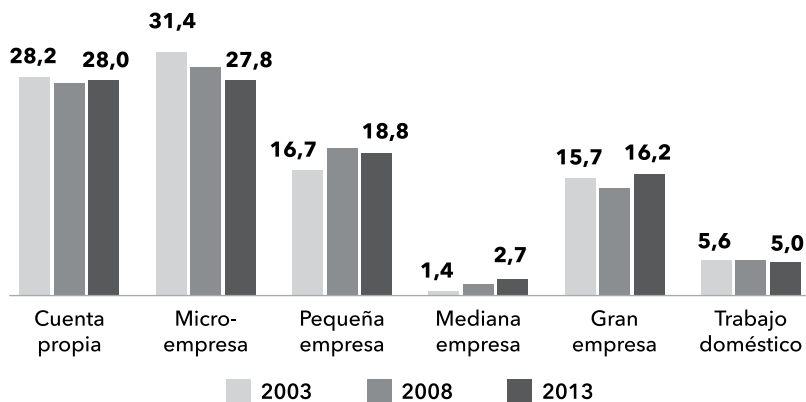
11 *Ibid.*, p. 58.

12 *Ibid.*, p. 60.

13 *Idem.*

derechos cuestionados. El trabajo y la empresa viven hoy una relación donde el costo laboral se ha sobredimensionado y la flexibilidad y la desregularización quieren imponerse.

**América Latina: Estructura del empleo por tamaño de empresa
2003, 2008 y 2013 (porcentajes)**



Fuente: Estimaciones de la OIT con base en información de encuestas de hogares de 18 países.

Tomado de la Organización Internacional del Trabajo. *Panorama temático laboral. Pequeñas empresas, grandes brechas. Empleo y condiciones de trabajo en la MYPE de América Latina y el Caribe 2015*. Lima: Organización Internacional del Trabajo-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2015, p. 25.

2. Los derechos de los trabajadores informales

2.1. Concepto

Desde el punto de vista legal la informalidad es un concepto en transición, diríamos en expansión, para cubrir distintas manifestaciones, como lo analizaremos en el examen de los diferentes trabajos informales. Para el profesor R. Alburquerque “la mayoría de las personas abrazan el trabajo independiente como un medio de sobrevivir y en este mercado no hay protección alguna porque no se aplican las regulaciones de la legislación de trabajo. Algo similar sucede con la seguridad social cuando está concebida, tal como sucede en la mayor parte de América Latina, como un sistema que se sustenta por las contribuciones de trabajadores

y empleadores”¹⁴. En esa línea el trabajo informal, el trabajo autónomo o independiente, pequeños vendedores ambulantes, callejeros, cuentapropistas, aparcacoches, buhoneros, en la práctica están fuera del ordenamiento legal y se presentan numerosas situaciones relacionadas con la existencia o no de la subordinación jurídica, que es determinante para concretizar el contrato de trabajo¹⁵.

Uno de los tres elementos básicos del contrato de trabajo es la subordinación jurídica que ha sido ampliada y ha tomado rostros distintos para determinar las diferentes variantes de la realidad, de ahí, como sostiene A. Supiot, su plasticidad, y a veces su dificultad, está en suponer una diferencia clara entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente¹⁶.

Para otros, la informalidad tiene relación con la imposibilidad de los trabajadores para acceder a los mercados y los recursos productivos, baja productividad (segmentación del mercado laboral) y economía subterránea¹⁷.

Enrique Gherzi define la informalidad como “aquellas actividades que, teniendo fines lícitos, se sirven de medios ilícitos para llevarse a cabo [...] tanto la gente directamente involucrada como la sociedad en general, que se encuentran mejor si la ley es violada que si es cumplida”¹⁸. Hay una definición tradicional para referirse al “trabajador informal como aquel que tiene un trabajo precario o empleo que no cumple con los mínimos legales en salario, prestaciones laborales, seguridad social y pagos tributarios”¹⁹.

Algunos basados en la estadística, la definen como “empresas familiares no constituidas como sociedad, que realizan actividades económicas con sus propios recursos y asalariados no sujetos a la ley laboral y otras

14 Ricardo Antunes, *¿Adiós al trabajo? Ensayo sobre la metamorfosis y la centralidad del mundo del trabajo*, Sao Paulo: Cortez, 1995, p. 42.

15 Antonio Ojeda Avilés, *La desconstrucción del derecho del trabajo*, pp. 380-383.

16 Alain Supiot, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 74.

17 Juan Carlos Cortés González, “Visión de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)”, Foro Internacional sobre Informalidad Laboral y Seguridad Social, Santo Domingo, 29 y 30 de abril de 2015, p. 162.

18 *Idem*.

19 *Idem*.

coberturas”²⁰. Una parte de la doctrina enfoca la informalidad por la imposibilidad de inclusión o por autoexclusión y en ambos casos funciona fuera del Estado. Otros autores la atribuyen al exceso de regulación en las sociedades, al choque entre la licitud y la ilicitud, las restricciones jurídicas, la falta de incentivos y la dimensión cultural²¹.

Para este autor “En los años sesenta, la "teoría dual" fue la impulsora de la idea de fragmentar la sociedad urbana en dos sectores: el formal y el informal. El formal involucra a todas aquellas actividades que incorporan cierta fuerza laboral a la estructura económica integrada por diferentes formas de organización productiva (industrial, servicios, comercio y construcción) y, sobre todo, que cumplen con las normas establecidas por el Estado (en materia laboral, fiscal, etc.) con el fin de regular las relaciones capitalistas de producción. El informal, por otra parte, presenta las mismas características que su contraparte, diferenciándose por el hecho de realizarse dentro de un ambiente oficialmente no regulado”²².

Autores como L. Gasparini y L. Tornarolli definen el sector informal desde dos perspectivas: la productiva y la legalista. Al respecto estos autores señalan que “la definición "productiva" representa a los trabajadores informales como aquellos en trabajos marginales de baja productividad, no calificados, mientras que la definición "legalista" o de "protección social" enfatiza la falta de protección laboral y beneficios de seguridad social”²³.

En tal sentido, y de acuerdo con la definición “productiva” mencionada anteriormente, M. Santa María, R. Steiner y E. Schutt acuerdan que “el sector informal está compuesto por los trabajadores familiares sin remuneración, los empleados domésticos, los obreros y los empleados

20 *Ibid.*, pp. 162-163.

21 Julio Ismael Camacho Solís, “Informalidad laboral, subempleo e infra empleo: Una realidad vista ante los derechos sociales”, VII Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Barranquilla, octubre de 2011, p. 392. Disponible en: <http://aijdtssgc.org/wp-content/uploads/2012/01/MEMORIAS-CONGRESO-2011.pdf>

22 *Ibid.*, p. 397.

23 Leonardo Gasparini y Leopoldo Tornarolli, “Labor Informality in Latin America and the Caribbean: Patterns and Trends from Household Survey Microdata”, Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales, Universidad de la Plata, Argentina, Documento de Trabajo n.º 46, febrero de 2007, p. 2.

privados pertenecientes a empresas con diez o menos trabajadores, los trabajadores por cuenta propia que no sean ni profesionales ni técnicos”²⁴.

Para A. Goldin la informalidad es una “manifestación conspicua de la ineffectividad del sistema de protección del trabajo”²⁵ donde la respuesta sancionatoria “parece haber carecido del efecto disuasivo (de contratación ilegal) que fuera su explícita motivación”²⁶. A esas actividades que se manifiestan en el sector informal, no pueden asimilarse las que chocan legalmente con actividades ilegales sancionables penalmente, como lo serían el contrabando, la piratería, el tráfico de drogas, todas propias de una economía subterránea²⁷.

En el Cuadro 1 se pueden observar diferentes actividades propias de la economía subterránea, pero no todas pueden clasificarse como ilícitas, penales o criminales:

Cuadro 1. La economía subterránea

Actividades ilegales	Actividades legales (economía informal)
Contrabando de mercancías.	Trabajos o empleos no registrados (<i>off the books</i> o <i>moonlighting</i>) remunerados en efectivo que evaden el pago de impuestos o las contribuciones a la seguridad social.
Juegos ilegales.	Operaciones de trueque de bienes y servicios.
Tráfico de drogas, tabaco y alcohol.	Préstamos por fuera del mercado financiero (usualmente a tasas usurarias y no registradas).
Prostitución ilegal (en algunos países o ciudades la prostitución no es ilegal).	Transacciones de bienes y servicios no reportadas o subreportadas a la autoridad fiscal (automóviles usados, terrenos, casas, trabajos domésticos).

24 Mauricio Santa María, Roberto Steiner y Erika Schutt, “¿Cómo derrotar el desempleo y la informalidad?” en Roberto Steiner y Víctor L. Traverso (eds.) *Colombia 2010-2014: Propuestas de Política Pública*, Bogotá: FEDESARROLLO, 2010, p. 129.

25 Adrián O. Goldin, “Sobre las causas de la ineffectividad del derecho social, caso argentino” en Juan Carlos Fernández Madrid, *Derecho laboral. Doctrinas esenciales 1936-2010*, Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 155.

26 *Ibid.*, p. 157.

27 Julio Ismael Camacho Solís, “Informalidad laboral, sub empleo e infra empleo: Una realidad vista ante los derechos sociales”, pp. 399-400.

Continuación

Actividades ilegales	Actividades legales (economía informal)
Piratería.	Subfacturación o sobrefacturación de exportaciones e importaciones.
Contrabando de mercancías.	Trabajadores por cuenta propia no registrados.

Tomado de Julio Ismael Camacho Solís, *Informalidad laboral, subempleo e infra empleo: Una realidad vista ante los derechos sociales*, p. 404.

3. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la informalidad

El sector informal es un término tendencialmente amplio y expansivo²⁸, con un carácter multicausal²⁹. Para el profesor H. Villasmil, la informalidad “es un desafío existencial para el derecho del trabajo, dicho sea de una vez, pues en ese ámbito [...] el espacio de vigencia de la legislación de trabajo”³⁰ o, por lo menos, el futuro del desarrollo del derecho del trabajo, su permanencia y la visión tradicional de su código genético, no será el mismo o no es el mismo y no nos damos cuenta de ello.

La introducción del concepto de informalidad fue acuñada por Kelth Hart en un estudio sobre el trabajo en Kenia en 1970 y publicado por la OIT en 1972, el cual “proporcionó un marco conceptual incipiente para resolver dicha limitación”³¹.

Durante un tiempo la OIT tenía como enfoque dominante “la naturaleza dual de los sistemas de producción y empleo en la región. Esta dualidad era vista como el reflejo de un exceso de mano de obra que el sector moderno de la economía no era capaz de absorber por sus niveles de desarrollo”³². Luego, la OIT ha ido afinando su definición del

28 Humberto Villasmil Prieto, “La recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal desde la perspectiva del derecho del trabajo”, p. 1.

29 Ya sea por razones normativas o económicas, de mercado o financieras, no entraremos en el examen de las causas, pues estoy seguro de que será objeto de estudio por los demás especialistas de la presente investigación.

30 Humberto Villasmil Prieto, “La recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal desde la perspectiva del derecho del trabajo”, p. 2.

31 Rolando Guzmán, *La informalidad en el mercado laboral urbano de la República Dominicana*, Santo Domingo: Secretaría de Estado de Economía, Planificación y Desarrollo, Banco Central de la República Dominicana y Banco Mundial, 2007, p. 19.

32 *Idem*.

trabajo informal. Por un lado, lo relaciona con el trabajo decente que envuelve cuatro dimensiones “derechos, empleo, protección social y diálogo organizacional y social”³³, para luego adoptar el concepto de economía informal por el término sector informal, que culminó con la Recomendación 204 de la OIT que trata sobre “la transición de la economía informal a la economía formal”.

En “la Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo en 1982, se llegó a una primera aproximación operativa del “sector informal”:

- trabajadores por cuenta propia o independiente, excluyendo los grupos ocupacionales integrados por profesionales y técnicos;
- trabajadores familiares no remunerados;
- empleadores y asalariados del sector privado en establecimientos de cinco o menos ocupados, y d) trabajadores del servicio doméstico”³⁴.

En 2015 la OIT apunta que “El déficit de trabajo decente —la denegación de los derechos en el trabajo, la falta de suficientes oportunidades de empleo de calidad, una protección social inadecuada y la ausencia de diálogo social— son más pronunciados en la economía informal”³⁵. La preocupación de la Recomendación 204 tiene por objetivo: “a) facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y garantizando oportunidades de seguridad de los ingresos, medios de sustento y emprendimiento; b) promover la creación, preservación y sustentabilidad de empresas y de empleos decentes en la economía formal, así como la coherencia de las políticas macroeconómicas, de empleo, de protección social y otras políticas sociales, y c) prevenir la informalización de los empleos de la economía formal”³⁶.

33 *Ibid.*, p. 20.

34 *Ibid.*, p. 19.

35 Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal”. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1 de junio de 2015, p. 1, motivación de esta. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_379098.pdf

36 *Ibid.*, p. 2, art. 1.

Asimismo, la OIT señala que:

El término "economía informal" es preferible al de "sector informal", ya que las actividades de los trabajadores y las empresas a los que se aplica no se pueden asociar con un único sector de la economía, pues sus actividades abarcan diversos sectores. No obstante, el término "economía informal" suele restar importancia a los vínculos, las zonas grises y la interdependencia existentes entre las actividades formales y las informales [...] y hace referencia al conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto. Las actividades de esas personas y empresas no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella; o no están contempladas en la práctica, es decir, que, si bien estas personas operan dentro del ámbito de la ley, ésta no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento³⁷.

Esa posición, que fue recogida en la Recomendación 204, no abarca "las actividades ilícitas, en particular la prestación de servicios y la producción, venta, posesión o consumo de bienes prohibidos por la legislación, incluidos la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, la trata de persona y el blanqueo de dinero, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes"³⁸. Esta Recomendación era conveniente para limitar el significado de actividades ilícitas.

De acuerdo con la Recomendación 204, el trabajo informal puede observarse en todos los sectores de la economía tanto en los espacios públicos como en los espacios privados y se ejecutan por los trabajadores y las "unidades económicas, estas están comprendidas en: a) las unidades que emplean mano de obra; b) las unidades que pertenecen a personas que trabajan por cuenta propia, ya sea en solitario o con la ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remunerados, y c) las cooperativas y las unidades de la economía social y solidaria"³⁹.

37 Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal, consagrada en su 9.ª Reunión, 2002, p. 25. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf>

38 Organización Internacional del Trabajo, "Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal", artículo 2, letra b.

39 *Ibid.*, art. 3.

Pero ¿a quiénes debemos aplicar esa Recomendación 204? La OIT responde que:

Se aplica a todos los trabajadores y a todas las unidades económicas de la economía informal, incluyendo las empresas, los empresarios y los hogares, y en particular a: a) quienes poseen y explotan unidades económicas en la economía informal, como: i) los trabajadores por cuenta propia; ii) los empleadores; y iii) los miembros de cooperativas y de unidades de la economía social y solidaria; b) los trabajadores familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en unidades económicas de la economía formal o de la economía informal; c) los trabajadores asalariados con empleos informales que trabajan en empresas formales o en unidades económicas de la economía informal, o bien para ellas, incluyendo, entre otros, a los que están en situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro, o en hogares como trabajadores domésticos remunerados, y d) los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas⁴⁰.

La OIT pretende que los países “adopten medidas inmediatas para subsanar las condiciones de trabajo inseguras e insalubres que a menudo caracterizan el trabajo en la economía informal” y “promover la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y extenderla a los empleadores y los trabajadores de la economía informal”⁴¹.

Del estudio de la Recomendación 204 de la OIT podemos observar y hacemos constar para la comprensión de la próxima parte de este trabajo, tres tipos de relaciones jurídicas como sostiene H. Villasmil: a) la relación de trabajo por cuenta ajena o subordinada; b) el trabajo autónomo no subordinado, y c) la relación de trabajo triangular o intermediación⁴².

La OIT también pretende que esas diversas formas transiten a la economía formal⁴³, sin embargo, este ideal que luce un tanto lejano ante una panorámica de crecimiento de la economía y desigualdad notable entre

40 *Ibid.*, art. 4.

41 *Ibid.*, art. 17.

42 Humberto Villasmil Prieto, “La recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal desde la perspectiva del derecho del trabajo”, p. 8.

43 Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal”, artículo 18.

los sectores productivos podrá alcanzarse no solo con modificaciones normativas laborales, fiscales, tributarias, de política económica y social, sino en un diálogo efectivo entre los diversos factores que lo hagan posible y que tome en cuenta la realidad dominicana.

4. Trabajador ordinario y trabajador informal

El trabajador ordinario amparado por un contrato de trabajo, así como el trabajador informal, cuyas relaciones no están regidas por la legislación laboral, están bajo la protección social de la Constitución, sección de los derechos ciudadanos y derechos fundamentales.

La tolerancia ante el trabajo en negro, el trabajo irregular, el trabajo no declarado, el trabajo autónomo dependiente, no asegurado, desprovisto de seguro para accidentes de trabajo, el trabajo por debajo del salario mínimo y sin condiciones mínimas, a la violación de los derechos fundamentales, constituye un caldo de cultivo para la promoción de la informalidad y la garantía de los derechos mínimos de los trabajadores, además de atentar contra los derechos humanos del trabajador⁴⁴.

Esa cultura del incumplimiento arraigada en nuestra sociedad, en especial en el trabajo informal latinoamericano, tiene manifestaciones claras, como el exceso de trabajadores en condición de informalidad total o parcial tanto en el sector de la construcción como en el sector agrícola⁴⁵. Como veremos, antes no tenían consecuencias legales, pero la jurisprudencia y las reformas han especificado los alcances legales de la informalidad. La economía informal es “paradigmática en la tensión entre el respeto de los derechos laborales fundamentales, la protección social y demás rasgos del trabajo decente y su inobservancia radical, pero, además, es incompatible con el desarrollo sostenible de los Estados en la medida que debilita los ingresos públicos, favorece la corrupción política e imposibilita el desarrollo de empresas responsables y competitivas”⁴⁶, situación que se manifiesta de múltiples maneras con demostraciones de pérdidas en derechos y oportunidades.

44 José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quezada (dir.), *Derecho social y trabajo informal*, Granada: Comares, 2016, p. 8.

45 *Idem*.

46 *Ibid.*, p. XIII.

Observamos que, según la OIT, el empleo informal “es aquel que no satisface las exigencias de las leyes, reglamentos y prácticas nacionales”⁴⁷, sin embargo, encontramos también este fenómeno en diferentes manifestaciones donde se observan trabajadores con trabajos sin ningún tipo de reglamentación, es decir, independientes, trabajadores con contratos formales, que les desconocen sus derechos y los impulsan a la informalidad o contratos formales cuya práctica genera diversas manifestaciones de informalidades, entendiéndose por esta última la pérdida de derechos reconocidos por la ley.

5. Trabajador informal

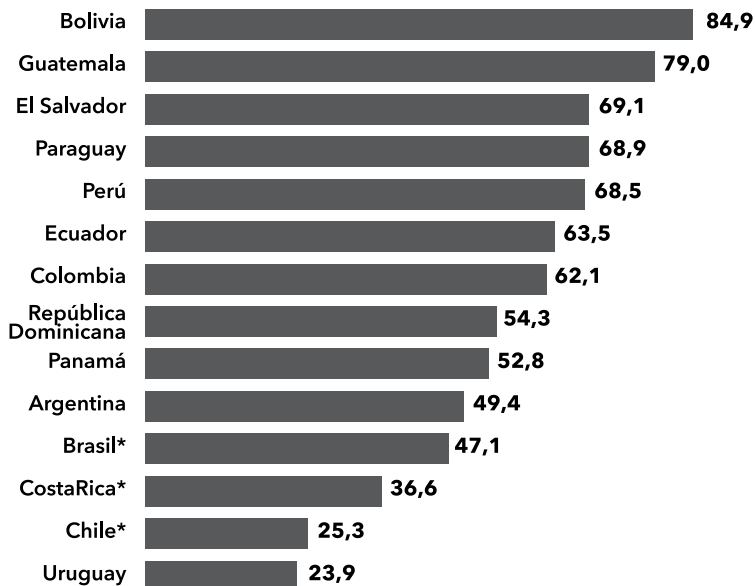
Es el trabajador que realiza actividades no reguladas por las leyes laborales, que no está amparado en un contrato de trabajo o en una relación formal de trabajo, sin derechos conferidos en la ley como a otros trabajadores y que, en la práctica, lo impulsa fuera de los derechos reconocidos o la actividad misma que realiza es más permisible a la pérdida de derechos, o bien que la misma legislación los lanza fuera de la protección laboral ordinaria.

La informalidad laboral en Latinoamérica alcanza una tasa de un 53%, lo que implica que en América Latina y el Caribe cerca de 140 millones de personas estén en esas condiciones; por demás en cifras preocupantes y dramáticas en algunos países.

47 Recomendación sobre la política de empleo (Disposiciones complementarias), n.º 169, 1984, párrafo 8.

En base a datos de la OIT en 2019, se presenta la siguiente gráfica⁴⁸:

LA INFORMALIDAD LABORAL EN LATINOAMÉRICA
Porcentaje de trabajadores empleados en el sector informal en 2019



* Datos de 2020.
 Solo incluye países con datos disponibles desde 2019.
 Fuente: OIT

El analfabetismo y el nivel educativo constituyen una de las características que afectan significativamente las posibilidades de que una persona consiga un trabajo⁴⁹, estos indicadores servirían para observar en la práctica diaria trabajadores informales de la construcción, agrícolas y domésticos.

Por no estar bajo el manto de la legislación laboral el trabajador informal no recibe prestaciones laborales ordinarias, derechos adquiridos, prestaciones ni protección de la Seguridad Social, sin embargo, en ocasiones el trabajador está sometido a una regulación formal y la misma legislación los impulsa a la informalidad.

48 <https://es.statista.com/grafico/24764/nivel-de-informalidad-laboral-en-latinoamerica/>

49 *Idem.*

En el presente estudio analizamos situaciones y realidades de los siguientes casos más comunes de informalidad en el trabajo: el trabajador independiente, el inmigrante, el trabajador de campo o agrícola, el trabajador doméstico, el de la construcción y el trabajador de la pequeña y mediana empresa.

5.1. Clasificación

A parte del imaginario social que ha centrado al trabajador ordinario y al trabajador informal, basado en la visión un tanto aristotélica de que este último no está dentro del ámbito del derecho del trabajo, una parte de la doctrina plantea tres definiciones sobre la base de tres criterios⁵⁰: legal, de seguridad social y organizacional. Analizaremos e indicaremos nuestras observaciones.

- 1) El criterio legal: de acuerdo a esta posición el empleo informal “son los asalariados del sector privado que no tienen contrato firmado con la empresa o entidad para la cual trabajan ni gozan de la mayoría de los beneficios estipulados por la ley laboral [...] o cuya empresa o entidad no tiene licencia para realizar sus operaciones, los trabajadores familiares no remunerados y los trabajadores domésticos y los patronos y trabajadores por cuenta propia sin licencia para operar”⁵¹, aparte de una confusión que choca con la verdad material, como la de los contratos escritos. Por lo menos en nuestros países más del 90 % de los contratos son verbales. Por otra parte, si bien esa visión de la norma ordinaria se ha usado hasta nuestros días, el gran problema es que el trabajo ha cambiado, pero no hemos sido capaces de cambiar la visión general del trabajo subordinado que haya enganchado en nuestras fronteras, los trabajos más vulnerables y desechados por muchos, es buscar formas inteligentes y creativas para traer al derecho, no que sean expulsadas del territorio laboral.
- 2) El criterio de la seguridad social: esta definición “se basa en la calificación de los trabajadores en el Sistema de la Seguridad Social (pensiones) de forma individual o a través de la empresa”⁵².

50 Rolando Guzmán, *La informalidad en el mercado laboral urbano de la República Dominicana*, Santo Domingo, Secretaría de Estado de Economía, Planificación y Desarrollo. Banco Central de la República Dominicana y Banco Mundial, 2007, p. 27, citado por Camila Hernández Villaman, “Comportamiento de la informalidad laboral en el ciclo económico. Evidencia para la República Dominicana (2000-2016)”, en *La informalidad en la República Dominicana*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana 2018, p. 93.

51 *Idem*.

52 *Idem*.

La falta de inscripción *per se* es un problema serio y grave en el mercado de trabajo, así como la inscripción y pago por debajo del salario, no solo como causa ilustrativa de la informalidad, sino como una falta grave de las relaciones de trabajo, que en el caso dominicano ha cambiado la geografía de la justicia en lo relativo a la terminación del contrato de trabajo⁵³.

- 3) El criterio organizacional: para una parte de la doctrina se relaciona “con el tamaño de las unidades productivas y la categoría laboral de los individuos están relacionados con el grado de precariedad del empleo”⁵⁴. Bajo este criterio, basado en la posición de la Organización Internacional del Trabajo, se dan diferentes manifestaciones y categorías, entre ellas, trabajadores en empresas pequeñas, independientes, domésticos y trabajadores familiares. Debemos hacer constar las características de la unidad productiva, ya que su forma de administración servirá para calificar a los trabajadores informales:

- Organización jurídica de la unidad de producción (Registro Nacional de Contribuyente).
- Contabilidad organizada.
- Registro de acuerdo con disposiciones administrativas vigentes en la legislación nacional⁵⁵.

Una parte de la doctrina⁵⁶ divide la informalidad de acuerdo con incentivos: a) informalidad de subsistencia: se relaciona con trabajadores que laboran en empresas cuyo nivel de productividad “no les permite acceder al mercado formal”⁵⁷, 2) informalidad inducida: trabajadores que laboran en empresas que migrarían “al sector formal si las barreras regulatorias de entrada al sector formal (tales como, los impuestos a los salarios o salarios mínimos) son eliminados”⁵⁸, así como el pago de

53 Antes de la Ley 87-01 sobre el Sistema Dominicano de la Seguridad Social, las demandas en cobro de prestaciones laborales en casi su totalidad eran por despido, ahora es todo lo contrario, son por dimisión fundamentadas en la falta de inscripción en la seguridad social o por falta de pago de las cotizaciones en el sistema.

54 Rolando Guzmán, *op. cit.*, p. 94.

55 *Ibid.*, p. 95.

56 Cristina Fernández y Leonardo Villar, *Informatily and inclusive growth in Latin American, with emprasis in the case of Colombia*, Centro de Investigación Economía y Social (Fedesarrollo), Bogotá, 2015.

57 Camila Hernández, *op. cit.*, p. 91.

58 *Idem.*

la seguridad social y 3) la informalidad voluntaria, cuando el trabajador desea salir de la carga que representa el pago de impuestos que disminuye el monto de sus ingresos, pero a la vez disminuye su protección social y lo hace más vulnerable, sobre todo en América Latina.

- 4) Por último, de acuerdo con la Observación General 23 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones, propone: "1) la economía informal deberá estar incluida en el mandato del respectivo mecanismo de supervisión y cumplimiento [...] y 2) Los trabajadores por cuenta propia deberían beneficiarse de un seguro de maternidad en condiciones de igualdad con los demás trabajadores"⁵⁹. En esa misma línea el profesor Arece plantea, basado en la recomendación sobre la "Transición de la economía informal a la economía formal": a) empleo en negro; b) mano de obra contratada; c) cuentapropismo; d) trabajo familiar no remunerado; e) cooperativas, y f) organizaciones de la economía social y solidaria⁶⁰.

Examinaremos algunos brevemente:

5.2. El trabajador independiente

Es el trabajador que no está sometido a una relación laboral regulada, no tiene contrato de trabajo, es el trabajador autónomo o por cuenta propia. Existen países donde el autónomo tiene una legislación y hay estudios al respecto.

El trabajo autónomo o independiente no necesariamente tiene una relación de pobreza, pues, se dan casos de profesionales que entienden que les va mejor cuando trabajan como consultores o por la libre, o de trabajadores no calificados que ganan más que un obrero de fábrica. Sin embargo, es un punto no controvertido que la ausencia de derechos laborales y poca garantía de la prevención de la seguridad social sea una característica del trabajo informal.

59 César Arece, "Contradicciones y confluencias entre trabajadores informales y formales", ponencia Tema I: Trabajadores informales, XXII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Turín 2018.

60 *Ibid.*, p. 7.

En la práctica se dan situaciones de movilidad extrema que van de un lado a otro, ya sea trabajadores que parecen ser autónomos o independientes y que realizan una prestación de un servicio profesional a terceros⁶¹ que no tiene naturaleza laboral, pero también de empresas que se desligan de la realización de trabajos y contratan a sus mismos trabajadores, bajo alegadas compañías autónomas o de apariencia legal, por lo cual los tribunales de trabajo, a través de la primacía de la realidad de los hechos, realizan el levantamiento del velo corporativo⁶² para determinar la verdad material ante un empleador aparente. Los legisladores dominicanos, por ejemplo, con su tradicional pasividad en estos temas no han querido penetrar en el mundo del trabajador autónomo o los trabajadores parasubordinados⁶³, como una forma de disminuir la informalidad y tutelar a una porción de trabajadores que requiere protección social.

El Estado, ante la incapacidad de crear nuevos empleos estables y con derechos propios de la protección social y de la seguridad social, en ese sentido opta por la vía flexibilizadora y con tintes claros y directos, como impulsar el cuentapropismo.

El cuentapropismo pocas veces es impulsado por iniciativa privada ante una política estatal colectiva de subsistencia y este mismo ante esa situación va dando apertura a pequeños negocios, con trabajadores privados y de pocas personas, que ganan en los hechos mucho más que los estatales. El ejemplo típico es el caso cubano, que va creando apertura a la iniciativa privada en una economía centralizada.

En América del Sur la reforma laboral brasileña es un verdadero y dramático desmontaje de los mecanismos protectores del trabajo dependiente⁶⁴. En el caso del proyecto argentino se trata de condenar deudas tributarias bajo el pretexto de la regulación del empleo no registrado en el sector privado⁶⁵, dando oxígeno al aparato empresarial privado, aunque eso signifique pérdida de derechos y garantías de los trabajadores.

61 Manuel Ramón Herrera Carbuccia, *Estudios críticos del derecho del trabajo*, 2000, p. 25.

62 Jaume García Vicente, *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*. Barcelona: José María Bosch, 2003, p. 33.

63 Rafael F. Albuquerque, "Eppur si Muove. Actualidad del derecho del trabajo", p. 11.

64 Hugo Barreto Ghione, "El cuenta propismo como futuro del trabajo en la reforma laboral", *La Diaria*, 2 de diciembre de 2017, Montevideo, Uruguay.

65 *Idem*.

La Organización Internacional del Trabajo va por otro rumbo, y así lo hace constar en la Recomendación 198, la cual sostiene “que para dilucidar si se está en una relación de trabajo habrá que atender a la modalidad de cómo presta el trabajo y no a las formas jurídicas o contractuales que se hubiere pactado entre las partes”⁶⁶ dándole el sentido de un derecho social protector y la tutela y efectividad propia de los derechos sociales.

La promoción del cuentapropismo es una promoción a la pérdida de empleo, la inseguridad y la informalidad.

5.3. El trabajador inmigrante

La emigración y traslado de trabajadores de una empresa a otra o a otro país es un problema tan complejo, confuso y flexible, que es necesario tratar con el empleo y las situaciones de desigualdad, discriminación, leyes injustas y un ejercicio razonable de la lógica social, ante los enfrentamientos y conflictos sociales. En nuestro país la mayoría de los trabajadores extranjeros laboraban en trabajos agrícolas en las zonas azucareras, pero luego de la debacle de la industria del azúcar, con las reformas de las empresas y la capitalización de estas, que conllevó al cierre de varios ingenios y una inmigración no contratada del vecino país haitiano, la mayoría, por no decir casi todos, se han trasladado a las zonas agrícolas y a la industria de la construcción, aunque no es raro observarlos como vendedores ambulantes y vigilantes en las zonas turísticas, etc.

Las batallas legales de los trabajadores inmigrantes no han sido fáciles, con serios obstáculos y oposición de sectores económicos que salen favorecidos y obtienen beneficios por mantenerlos no regulados, a saber, el acceso a la justicia y el acceso a la seguridad social. En las próximas décadas la situación de los trabajadores inmigrantes deberá ser manejada de forma continental ante la salida masiva de centroamericanos y venezolanos en un largo peregrinar hacia Estados Unidos.

Con toda la reglamentación de nuestros países, la flexibilidad y la apertura que ha dado la jurisprudencia en relación con personas con documentación oficial⁶⁷, ya sea la cédula de identidad, el pasaporte u

66 *Idem.*

67 La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en sentencia reciente de 5 de abril de 2017, *Nearshore Call Center Services, NCCS, S. R. L. vs. Víctor Luis Suárez*, p. 10, expresó: “Considerando, que le correspondía a la empresa recurrente probar ante el tribunal de fondo

otro similar, los problemas continúan por dos razones. Una razón consiste en que las autoridades no han establecido los reglamentos y mecanismos que faciliten la aplicación de las resoluciones dictadas por ellos y los principios de aplicación al deber de seguridad y de protección social establecido en los convenios de la OIT y las constituciones dominicanas y la otra razón es que los sectores prefieren mantener en la informalidad a un grupo de trabajadores.

Para Ceara Hatton⁶⁸ los procesos migratorios reflejan la incapacidad del modelo de reproducción económico social para proporcionar una vida digna a los dominicanos —y nosotros diríamos a los latinoamericanos— y sostiene que “las migraciones se han constituido en una salida o escape a lo Hirschman 1977⁶⁹, que resta presión social y las remesas se han convertido en una fuente importante de divisas”, el caso cubano antes y el dramático caso venezolano, son ejemplos de ello.

La salida de un sector importante de trabajadores a países denominados desarrollados se convierte en una fuente importante de ingresos que sirven para que sus familiares reciban dinero, semanal, quincenal o mensual, lo cual ayudaría no solo a la economía social, sino a mantener equilibrado el Producto Interno Bruto (PIB) y, de una forma u otra, el mercado de trabajo y el tipo de trabajadores que sale de su país en busca de nuevas oportunidades.

No sabemos el impacto a todos los niveles que ha dado la entrada de trabajadores no nacionales a nuestro mercado en una época a la zona de cultivos de caña de azúcar, lo que facilitaba una alta rentabilidad para la

que estaba cumpliendo con el Sistema Dominicano de la Seguridad Social, derivado del principio protector y de los derechos y obligaciones surgidas de la ejecución del contrato de trabajo, independientemente de eso, en el expediente en cuestión no figura ninguna prueba de una causa valedera que le hubiere impedido al trabajador aplicar a su derecho a la Seguridad Social consagrado como derecho fundamental en la Constitución Dominicana, ni que el mismo no fuera poseedor de un pasaporte, cédula o documento oficial de identidad, por lo que el recurrente violó una obligación sustancial que la ley pone a su cargo, al no haber probado por ningún medio de prueba que realmente cumplía con su obligación de inscribir al trabajador en el Sistema Dominicano de Seguridad Social, en consecuencia carece de pertinencia jurídica, lo alegado por el recurrente en este medio de casación, por lo que debe ser ese aspecto desestimado”.

68 Miguel Ceara Hatton, “La paradoja del crecimiento económico: el empleo y la informalidad en la República Dominicana (1966-2016)”, en *La informalidad en la República Dominicana*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana 2018, p. 11.

69 Albert O. Hirschman, *Salida, voz y lealtad: respuestas al deterioro de la empresa, organizaciones y estados*, México: FCE, 1977, citado por Miguel Ceara Hatton, p. 11.

industria, sin embargo, en ese mercado ha generado una mano de obra que pasa, por diferentes causas, de lo formal a lo informal.

En América Latina, además de modelos económicos que no satisfacen las necesidades de creación de empleos, como sería el caso de la República Dominicana, donde solo en Estados Unidos hay más de millón y medio en todo su territorio, sobre todo en el Estado de Nueva York. Sin embargo, a nuestro entender esa política social también tiene una política laboral estatal que tiene por finalidad crear un control para eliminar la oposición interna y pacificar los conflictos, así en el caso de Venezuela la salida de cuatro millones de venezolanos a toda Latinoamérica y el mundo amortigua los problemas que pudiera tener el Estado en la solución de sus conflictos sociales y políticos.

Esos países, como Venezuela y República Dominicana, tienen zonas donde prima el trabajo y la economía informal de pequeñas empresas, esas son las zonas fronterizas de Colombia y Venezuela y las de Haití y República Dominicana, espacios donde el comercio y la labor no regulada prima en las actividades realizadas, demostrando la vulnerabilidad y la falta de garantía de los derechos social.

5.4. El trabajador de campo o agrícola

La legislación establece que son trabajadores de campo los que realizan labores “propias y habituales de una empresa agrícola-industrial, pecuaria o forestal”⁷⁰. Con la anterior legislación del Código de Trabajo de 1951, no se aplicaban sus disposiciones “a las empresas agrícolas-industriales, pecuarias o forestales que ocupen, de manera continua y permanente, no más de diez trabajadores”⁷¹. No obstante, el Código de Trabajo de 1992 eliminó esa visión injusta donde se valora la cantidad de trabajadores, no la naturaleza del trabajo. La actual legislación deja sin beneficios a este grupo de trabajadores en lo relativo a la participación de beneficios de la empresa, más como una flexibilidad o desregularización de incentivo a la empresa que descarta un principio básico de la materia laboral que es el principio protector, cuando expresa “quedan exceptuadas de pagar el salario de participación en los beneficios: 1°. Las empresas agrícolas, agrícola-industriales, industriales, forestales y mineras durante

70 Artículo 277 del Código de Trabajo dominicano.

71 Artículo 265 del Código de Trabajo dominicano de 1951.

sus primeros tres años de operaciones, salvo convención en contrario; 2°. Las empresas agrícolas cuyo capital no exceda de Un Millón de Pesos; 3°. Las empresas de Zonas Francas”.

En Uruguay, el trabajador del campo tiene los mismos derechos que el trabajador ordinario.

5.5. El trabajador doméstico

El trabajo doméstico es el que se dedica de “modo exclusivo y en forma habitual y continua, a labores de cocina, aseo, asistencia y demás, propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el empleador o sus parientes”⁷². En ese tenor, “no son domésticos los trabajadores de servicios del consorcio de propietarios de un condominio”⁷³. Así como tampoco trabajadores que realizan esas labores en villas de alquiler, casas de playas de actividades comerciales, hoteles, etc. Los trabajadores domésticos son de los más afectados por la economía informal y en la legislación solo se benefician de las vacaciones y del salario de navidad.

El Congreso Nacional aprobó, mediante la Resolución 104-13, el Convenio 189 sobre Trabajo Decente para los Trabajadores y Trabajadoras Domésticos, adoptado en Ginebra por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en la *Gaceta Oficial*, núm. 10721, de 2 de agosto de 2013. Dicho Convenio ofrece protección específica a las trabajadoras y los trabajadores domésticos: derechos y principios básicos y exige a los Estados tomar una serie de medidas con el fin de lograr que el trabajo decente sea una realidad para los trabajadores y las trabajadoras domésticos. Sin embargo, hasta ahora se desconoce qué tipo de medidas, resoluciones o modificaciones a la legislación han sido presentadas o realizadas por las autoridades a los fines de “formalizar” y “acercar” la pérdida de derechos de los trabajadores domésticos a los trabajadores ordinarios, lo cual es una tarea pendiente y necesaria de justicia social.

72 Artículo 258 del Código de Trabajo dominicano.

73 *Ibid.*, parte *in fine*.

En Uruguay, el trabajador doméstico tiene los mismos derechos que el trabajador ordinario; en Brasil hay una legislación especial que está en proceso de revalorización. En nuestros países más que legislación, el trabajo doméstico dependerá de nuestro nivel de desarrollo socioeconómico.

5.6. El trabajador de la construcción

Se trata en la práctica de trabajadores regulados por un contrato de trabajo ordinario, que no tiene que ser por escrito, pues en su mayoría, son verbales, aunque la legislación exige que los contratos para una obra o servicio determinados sean por escrito⁷⁴ y, basados en el principio de la primacía de la realidad, se tomará en cuenta la naturaleza del servicio prestado, así se probará, con las pruebas sometidas, la calificación del contrato.

Sin tener que hacer una encuesta podríamos decir que la mayoría de los conflictos jurídicos ante los tribunales provienen de dos sectores: turismo y construcción. Este último presenta numerosos matices, desde situaciones de formalidad que llevan a la informalidad hasta el problema de los falsos autónomos, es decir, de trabajadores que aparecen como subcontratistas y de intermediarios cuando verdaderamente son trabajadores⁷⁵, de suplantaciones de identidad⁷⁶ o de personas que tienen problemas con su cédula o pasaporte de identidad⁷⁷ o sobre la confusión de contratos⁷⁸ y alegados fraudes⁷⁹ para desconocer los derechos, exceso de trabajadores no nacionales, poca regulación de las autoridades ante las violaciones, movimientos sindicales débiles y numerosos sindicatos o pasivos.

La situación es tal, que todos los sectores envueltos en las relaciones laborales (Estado, trabajadores y empleador) son afectados considerablemente, por eso sugerimos:

74 Artículo 34 del Código de Trabajo dominicano, que establece: "Todo contrato de trabajo se presume celebrado por tiempo indefinido. Los contratos de trabajo celebrados por cierto tiempo o para una obra o servicio determinado, deben redactarse por escrito".

75 *Ibid.*, artículos 11 y 12.

76 Sentencia de fecha de 15 de febrero de 2012, caso Bienvenido Román, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.

77 Sentencia de 5 de abril de 2017, caso Nearshore Call Center Services (NCCS), S. R. L., Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.

78 Manuel Ramón Herrera Carbuca, *Estudios críticos del derecho del trabajo*, pp. 42-43.

79 Sentencia de fecha del 1 de agosto de 2007, *Boletín Judicial*, n.º 1141, pp. 970-978.

- a. Una mayor voluntad del sector empresarial para el cumplimiento de las leyes laborales y la reglamentación de la seguridad social.
- b. Una posición militante del movimiento sindical para el respeto de las leyes, la proporción de trabajadores nacionales y el pago de un salario digno.
- c. Una actitud vigilante de la inspectoría y del Ministerio de Trabajo para evitar la tolerancia a las irregularidades y violaciones a las leyes de trabajo.

5.7. El trabajador en la pequeña y mediana empresa

Según la OIT, en 2013 “casi el 60% del empleo en empresas de hasta 10 personas en América Latina es informal [...] y los trabajadores por cuenta propia y las empresas de hasta 10 personas, explican casi el 70% de todo el empleo informal de la región. Por su parte, el 78% de asalariados de hogares (trabajadores domésticos) son informales”⁸⁰.

De acuerdo con estudios más recientes, la OIT destaca:

[...] cuatro aspectos que inciden fuertemente en el nivel de formalización de las unidades productivas, especialmente en las MYPE. En primer lugar, la baja productividad de este tipo de empresas no les permite enfrentar los costos de la formalidad. En segundo lugar, la complejidad de procedimientos para el registro junto con una regulación inadecuada para las características de las micro y pequeñas empresas dificultan la formalización. Tercero, existe la percepción de escasos beneficios de la formalidad. Por último, la reducida fiscalización y la escasa sanción social no contribuyen a la formalización⁸¹.

Y agregamos una legislación especial a la relación laboral propia de la ejecución del contrato de trabajo.

Las micros, pequeñas y medianas empresas presentan en la práctica serios problemas en la formulación y registro de la documentación requerida por el Ministerio de Trabajo para el cumplimiento del salario mínimo,

80 Organización Internacional del Trabajo, *Panorama temático laboral. Pequeñas empresas, grandes brechas. Empleo y condiciones de trabajo en la MYPE de América Latina y el Caribe 2015*, Lima: OIT-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2015, p. 32.

81 *Ibid.*, p. 33.

pago de beneficios, constituir sindicatos por el número de trabajadores que la conformen y por vía de consecuencia la muy escasa o inexistente negociación colectiva, así como un escaso o mínimo diálogo social. De lo anterior, sostenemos con otros autores, que el problema del tema de las Mipymes “no es exclusivamente económico, ni siquiera prevalentemente económico, sino, ante todo y, por sobre todo, un tema social”⁸². El particularismo propio de las pequeñas y medianas empresas requiere un régimen especial laboral, lo cual no implica una desigualdad con el contrato de trabajo ordinario, sino una adecuación de la legislación laboral para formalizar un sector importante de la población y que estos puedan recibir salarios mínimos dignos y sostenibles y fórmulas que permitan la libertad sindical y de organización con un diálogo social abierto.

Es altamente criticable que los sectores laborales envueltos en la reforma de las leyes de trabajo utilicen ambos argumentos relacionados con las pequeñas y medianas empresas, sin embargo, hasta ahora ningún sector ha propuesto una inserción con fórmulas reales y atendibles que sirvan para incluir no para excluir a un sector importante de la economía.

6. Seguridad social e informalidad

El Sistema Dominicano de la Seguridad Social, tomado de los sistemas liberales de Chile y un tanto de Colombia, abrió una puerta diferente para la protección social y una visión de la política pública relacionada con los derechos sociales. El financiamiento, la consolidación y los beneficios de sus ahorros y cotizaciones es, y parece ser, un problema en todos los sistemas actuales de la seguridad social.

Como establecen todas las encuestas y estudios, la informalidad anda cerca o más del 50 % de los trabajadores en toda América Latina. Esto indica que una gran parte de los trabajadores está desprovista de la protección social adecuada, además de que se ha comprobado una

82 Mario Pasco Cosmópolis, “Un derecho laboral para los informales”, Ponencia magistral de inauguración del VI Congreso Iberoamericano de la AJDTSSGC, celebrado en Trujillo, Perú, del 5 al 7 de noviembre de 2009, citado por Ángel Guillermo Ruiz Moreno, *Exclusión, protección social e injusticia laboral en Iberoamérica*, México: Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y el Instituto Jalisciense de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 75.

movilidad de entrada y salida al sistema de la seguridad social, lo cual causa inestabilidad en el financiamiento y ocasiona falta de permanencia en las cotizaciones del trabajador asegurado.

Estos sistemas establecen como principios: la universalidad, obligatoriedad, integralidad, unidad, equidad, solidaridad, libre elección, pluralidad, separación de funciones, flexibilidad, participación, gradualidad y equilibrio financiero.

En nuestro país la informalidad constituye un riesgo serio para el futuro de la seguridad social y para la ejecución de un trabajo decente, para ello la OIT plantea un piso de protección social,⁸³ donde el trabajador pueda tener acceso a mecanismos de asistencia y protección social.

Los diferentes niveles de informalidad de la economía de la región atentan contra la cobertura universal de la protección social financiada únicamente mediante mecanismos contributivos⁸⁴. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sostiene que la informalidad “no solo afecta de manera directa la posibilidad de los trabajadores de incorporarse a la seguridad social, sino que también constituye un obstáculo para la consecución de recursos tributarios requeridos para financiar las prestaciones”⁸⁵, por eso es preciso “para lograr la inclusión social con acceso general a los derechos económicos, sociales y culturales, fomentar el empleo decente y la formalización, así como articular el pilar contributivo con el pilar no contributivo orientado a la protección de los familiares que viven en condiciones de extrema pobreza y vulnerabilidad”⁸⁶.

El cumplimiento del deber de dotar de seguridad social a todo trabajador no es solo la obligación al trabajador ordinario provisto de un contrato de trabajo que puede generar responsabilidades por su violación

83 Fernando García, “Visión de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)” en el Foro Internacional sobre Informalidad Laboral y Seguridad Social, Santo Domingo, 29 y 30 de abril de 2015, p. 177.

84 Comisión Económica para América Latina y el Caribe y la Organización Internacional del Trabajo, “Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Protección social en mercados laborales con informalidad”, Santiago de Chile, Informe n.º 12, mayo de 2015, p. 24. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_368320.pdf

85 *Ibid.*, p. 26.

86 Fernando García, “Visión de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)”, p. 179.

(artículos 712, 720 y 728 del Código de Trabajo), sino es también una obligación del Estado, establecida en la Constitución y las leyes, incluir a trabajadores informales o independientes, a los fines de ser favorecidos por el Sistema Dominicano de la Seguridad Social con una política pública de protección social inclusiva, creativa y que sea posible a través de un diálogo social, abierto y con intenciones solidarias. Solo así podremos alcanzar las finalidades de un Estado social, democrático y de derecho.

7. Informalidad y Estado social

La democracia social se desarrolla en las constituciones europeas de la segunda posguerra, con la inclusión de los derechos sociales y los derechos fundamentales, entre ellos, la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución española de 1978, que sancionaron los derechos al trabajo, la salud, la educación, la subsistencia y la seguridad social, como correlativas a la obligación de un papel activo del Estado⁸⁷ de promover la libertad y la igualdad y un trabajo decente y digno.

Un Estado social se construye a través de los derechos sociales. En América Latina, podemos hablar de un Estado social debilitado o disminuido, la Constitución dominicana en su ordinal 7 del artículo 62 expresa:

La ley dispondrá, según lo requiera el interés general, las jornadas de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los salarios mínimos y sus formas de pago, la participación de los nacionales en todo trabajo, la participación de las y los trabajadores en los beneficios de la empresa y, en general, todas las medidas mínimas que se consideren necesarias a favor de los trabajadores, incluyendo regulaciones especiales para el trabajo informal, a domicilio y cualquier otra modalidad del trabajo humano. El Estado facilitará los medios a su alcance para que las y los trabajadores puedan adquirir los útiles e instrumentos indispensables a su labor [...].

87 Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2. *Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid 2011, p. 381.

El artículo 36 de la Constitución Política de la República del Ecuador expresa:

El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. Se prohíbe todo tipo de discriminación laboral contra la mujer. El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales en que aquél se encuentre en desventaja económica. Se reconocerá como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado.

7.1. Estado social

El derecho del trabajo, como un derecho social que caracteriza el Estado social, está en crisis de identidad, pero también en crisis de efectividad de las garantías, obligaciones y derechos, se ejecuten sobre todo en América Latina, donde en la mayoría de nuestros países la informalidad anda rodando cerca del 50 %, es decir, trabajadores no regulados o con pocos derechos o muy vulnerables.

En nuestro caso, el resultado de políticas en un Estado social ha sido “tendencialmente paternalista y asistencial”⁸⁸, ya que estas no garantizan la estabilidad ni la inclusión de los trabajadores que están fuera de la legislación laboral.

La tutela de los derechos sociales es especial; el derecho de subsistencia es el derecho a la vida, pero esto tiene una relación directa con un derecho al trabajo decente, un trabajo con garantías, con respeto de los derechos fundamentales.

88 *Idem.*

Planteamos un ejercicio de la democracia social como estrategia de transformación social⁸⁹ que conlleve la adecuación de la legislación laboral, pero también que se aplique una renta mínima universal a todos los trabajadores no ocupados, como una forma de eliminar la informalidad permanente en nuestras sociedades.

La centralidad del trabajo como criterio definidor de la Constitución material del Estado social⁹⁰ debe buscar la universalidad de la terminología trabajo en todas sus manifestaciones. Eso indica que es preciso analizar de forma razonable la nueva geografía de las actividades productivas⁹¹, pero teniendo en cuenta, como plantea Supoít, recordando a Duguit, como un modo de realización a través de política social general con un modelo social inclusivo que disminuya realmente las grandes desigualdades sociales y con ello la preocupación y degradante informalidad laboral.

Reflexiones finales

- 1- El derecho del trabajo y el trabajo subordinado están en un proceso de cambios en cuanto a su forma tradicional y su código genético.
- 2- El trabajo informal no solo se relaciona con el trabajo independiente, sino con el no regulado, el falso autónomo, los que la normativa o la práctica expulsa de su ámbito, los trabajos de economía subterránea, trabajos no declarados, trabajos en negro, no registrados, con pocos o ningún derecho.
- 3- El trabajo informal ha sentado las bases para su residencia permanente en las diversas relaciones laborales de la sociedad, poniendo en riesgo la supervivencia del derecho de trabajo en su forma tradicional o subordinada.
- 4- El problema de la economía de trabajo no es solo causa de la legislación laboral y su ineficacia y la falta de visión ante el particularismo del trabajo informal, sino uno de ellos, dentro del conjunto de causales tanto económicas, de costos, tributarias, de falta de oportunidad, de un mercado agotado, etc., sin embargo,

89 Gonzalo Maestro Buelga, *La constitución del trabajo en el Estado social*. Comares, Granada, 2002, p. 223.

90 Idem.

91 Umberto Romagnoli, "Weimar ¿y después?", en *Autoridad y democracia en la empresa*, coordinado por Antonio Baylos y Joaquín Aparicio, editorial Trotta, Madrid, 1992, pp. 18-19.

este ha sido relegado y olvidado por los laboristas que han preferido no tratarlo con la importancia que se merece, ante la realidad social diferente.

- 5- Para algunas voces autorizadas, sería conveniente pensar en un “derecho laboral para trabajadores informales no subordinados”⁹², como una forma académica de analizar y buscar soluciones a las complejidades propias del trabajo informal, sin embargo, preferimos adoptar el derecho de trabajo a las nuevas realidades, dando apertura no solo a nuevas formas de relaciones del trabajo, sino reforzándolos a niveles de protección y creatividad ante las diferentes situaciones que se presentan.
- 6- Las reformas laborales planteadas al Código de Trabajo desde hace bastante tiempo se centran en el “costo laboral” y no han visualizado cómo “formalizar, incluir, introducir” al trabajador autónomo y a los no regulados, a una protección más amplia y a un trabajo digno.
- 7- La supervivencia de la seguridad social y de sus principios rectores depende de una inclusión cada vez mayor de los trabajadores informales.
- 8- La tolerancia a las formas irregulares en el trabajo agrícola, el trabajo en la construcción, el trabajo de los inmigrantes ha servido de caldo de cultivo para el crecimiento de manifestaciones del trabajo informal, ausente de los derechos y prestaciones ordinarias establecidas en las leyes de trabajo, las cuales van en crecimiento ante la falta de una inspección del trabajo eficaz y con vocación de cumplimiento de la legislación de trabajo.
- 9- La informalidad en las relaciones de trabajo implica una tensión y disminución de la aplicación de los derechos fundamentales del trabajo, de la dinámica propia de protección de los derechos laborales y ciudadanos.
- 10- Solo aportando a un diálogo social, justo, equilibrado y consciente ante el trabajo informal, ganamos todos, los trabajadores, los empleadores y el Estado. Es preciso un mínimo universal de protección que incluya el trabajo informal, amparado en los principios y garantías constitucionales y los derechos fundamentales del trabajo.

92 Mario Pasco Cosmópolis, “Un derecho laboral para los informales”.

Bibliografía

- Afanador Hidalgo, Catalina. "Desempleo, informalidad laboral, subempleo e infraempleo". VII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Barranquilla, octubre de 2011. Disponible en: <http://aijdtssgc.org/wp-content/uploads/2012/01/MEMORIAS-CONGRESO-2011.pdf>
- Alburquerque, Rafael F. "Eppur si Muove. Actualidad del derecho del trabajo". *Revista Real Card*, 2010.
- Álvarez de la Rosa, Manuel. *La construcción jurídica del contrato de trabajo común*. Granada: Comares, 2014.
- Antunes, Ricardo. *¿Adiós al trabajo? Ensayo sobre la metamorfosis y la centralidad del mundo del trabajo*. Sao Paulo: Cortez, 1995.
- Arece, César. "Contradicciones y confluencias entre trabajadores informales y formales", ponencia Tema I: Trabajadores informales. XXII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Turín 2018.
- Barreto Ghione, Hugo. "El cuentapropismo como futuro del trabajo en la reforma laboral". *La Diaria*, 2 de diciembre de 2017, Montevideo, Uruguay.
- Baz Rodríguez, Jesús. "El trabajo informal o "no declarado" desde la perspectiva de la Unión Europea. Una aproximación conceptual e institucional" en José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quesada (dir). *Derecho social y trabajo informal*. Granada: Comares, 2016, pp. 27-56.
- Camacho Solís, Julio Ismael. "Informalidad laboral, sub empleo e infra empleo una realidad vista ante los derechos sociales". VII Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Barranquilla, octubre de 2011. Disponible en: <http://aijdtssgc.org/wp-content/uploads/2012/01/MEMORIAS-CONGRESO-2011.pdf>
- Ceara Hatton, Miguel. "La paradoja del crecimiento económico: el empleo y la informalidad en la República Dominicana (1966-2016)", en *La informalidad en la República Dominicana*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana 2018, pp. 5-88.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe y la Organización Internacional del Trabajo. "Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Protección social en mercados laborales con informalidad".

- Santiago de Chile. Informe n.º 12, mayo de 2015. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_368320.pdf
- Cortés González, Juan Carlos. "Visión de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)". Foro Internacional sobre Informalidad Laboral y Seguridad Social. Santo Domingo, 29 y 30 de abril de 2015.
- Fernández, Cristina y Leonardo Villar. "Informatily and inclusive growth in Latin American, with emprasis in the case of Colombia". Centro de Investigación Economía y Social (Fedesarrollo), Bogotá, 2015.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid 2011.
- Foro Internacional sobre Informalidad Laboral y Seguridad Social. Santo Domingo, República Dominicana, 29 y 30 de abril de 2015. Disponible en: <file:///C:/Users/BrennedyAcevedo/Downloads/Libro+Foro+CNSS+Corregido.compressed%20-%202015.pdf>
- García Vicente, Jaume. *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*. Barcelona: José María Bosch, 2003.
- Gasparini, Leonardo y Leopoldo Tornarolli. "Labor Informality in Latin America and the Caribbean: Patterns and Trends from Household Survey Microdata". Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales. Universidad de la Plata. Argentina. Documento de Trabajo n.º 46, febrero de 2007.
- Goldin, Adrián O. "Sobre las causas de la ineffectividad del derecho social, caso argentino" en Juan Carlos Fernández Madrid. *Derecho laboral. Doctrinas esenciales 1936-2010*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Guzmán, Rolando. *La informalidad en el mercado laboral urbano de la República Dominicana*. Santo Domingo: Secretaría de Estado de Economía, Planificación y Desarrollo. Banco Central de la República Dominicana y Banco Mundial, 2007.
- Hernández Álvarez, Oscar. "Los retos del derecho del trabajo en los momentos actuales. Perspectiva Latinoamericana". *Trabajo y Derecho*, n.º 33, 2017.
- Hernández Rueda, Lupo. "Subordinación y trabajo informal". *Gaceta Judicial*, 26 de marzo al 9 de abril de 1998, Santo Domingo.
- Hernández Villaman, Camila. "Comportamiento de la informalidad laboral en el ciclo económico. Evidencia para la República Dominicana (2000-2016)", en *La informalidad en la República Dominicana*,

- Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana 2018, pp. 89-128.
- Herrera Carbuccion, Manuel Ramón. "Seguridad social para los trabajadores migrantes e informales". 1.º Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Chihuahua, México, del 9 al 12 de octubre de 2012.
- Hirschman, Albert O. "Salida, voz y lealtad: respuestas al deterioro de la empresa, organizaciones y estados", México: FCE, 1977.
- Maestro Buelga, Gonzalo. *La constitución del trabajo en el Estado social*. Comares, Granada, 2002.
- Monereo Pérez, José Luis y Salvador Perán Quezada (dir.). *Derecho social y trabajo informal*. Granada: Comares, 2016.
- Murray, Gerald F. "La evolución de la económica informal en la República Dominicana: observaciones antropológicas", en *La informalidad en la República Dominicana*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana 2018, pp. 191-240.
- Observatorio del Mercado Laboral Dominicano. *Boletín estadístico de los registros laborales del Ministerio de Trabajo*. Santo Domingo, diciembre 2016.
- Ojeda Avilés, Antonio. *La desconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2010.
- Organización Internacional del Trabajo. *Panorama temático laboral. Pequeñas empresas, grandes brechas. Empleo y condiciones de trabajo en la MYPE de América Latina y el Caribe 2015*. Lima: OIT-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2015.
- Pasco Cosmópolis, Mario. "Un derecho laboral para los trabajadores informales" en Ángel Guillermo Ruiz Moreno. *Exclusión, protección social e injusticia laboral en Iberoamérica*. México: Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y el Instituto Jalisciense de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Raso Delgué, Juan. "Economía globalizada, formas atípicas de trabajo y desregularización ante el fenómeno de la economía sumergida" en José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quezada (dir.). *Derecho social y trabajo informal*. Granada: Comares, 2016.
- República Dominicana. Resoluciones 377-01 y 377-02 de la sesión ordinaria n.º 377 del Consejo Nacional de la Seguridad Social. Santo Domingo, 12 de noviembre de 2015.

- Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal. Consagrada en su 9.ª Reunión, 2002. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf>
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. *Seguridad social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*. México: Porrúa, 2011.
- Santa María, Mauricio; Roberto Steiner y Erika Schutt. "¿Cómo derrotar el desempleo y la informalidad?" en Roberto Steiner y Víctor L. Traverso (eds.) *Colombia 2010-2014: Propuestas de Política Pública*. Bogotá: FEDESARROLLO, 2010.
- Supiot, Alain. "Grandeza y miseria del Estado social". *New Left Review*. Segunda Época, septiembre 2013, Conferencia Inaugural de Supcol, en el Coleeje de France, 29 de noviembre 2012, pp. 157-175.
- Supiot, Alain. *Derecho del trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Villasmil Prieto, Humberto. "La Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal desde la perspectiva del derecho del trabajo". Santiago de Chile, septiembre 2016.
- . "Recomendación 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal. Conferencia Internacional del Trabajo". Ginebra, 12 de junio de 2015. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_379098.pdf
- . *Estudios críticos de derecho del trabajo*. Santo Domingo: Soto Castillo, 2000.
- . Ley 16-92, que crea el Código de Trabajo. Congreso Nacional. Santo Domingo, 29 de mayo de 1992.
- . Ley 488-08, que establece un Régimen Regulatorio para el Desarrollo y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES). *Gaceta Oficial* n.º 10502. Santo Domingo, 30 de diciembre de 2008.
- . Ley 87-01, que crea el Sistema Dominicano de la Seguridad Social. Congreso Nacional. Santo Domingo, 9 de mayo de 2001.
- . Sentencia n.º 22 de la Suprema Corte de Justicia. *Boletín Judicial* n.º 1042, año 88. Santo Domingo, 17 de septiembre de 1997.

Informalidad y trabajo familiar

Rosina Rossi

INFORMALIDAD Y TRABAJO FAMILIAR

Rosina Rossi*

Sumario: 1. Propósito, límites y marco metodológico. 2. Trabajo con la familia: entre los miembros de una familia o de una familia ampliada. 2.1. Universo de situaciones. 2.2. Ambigüedades del trabajo entre los miembros de la familia. 2.3. Los modelos que pueden delinearse a partir de los materiales normativos de los Estados. 2.4. Algunos modelos normativos. 2.5. Un material normativo transversal: diálogo entre las Recomendaciones 198 y 204 de OIT. 2.5.1. La Recomendación 198 de OIT. 2.5.2. La Recomendación 204. 3. La utilidad del análisis en diálogo de las Recomendaciones 198 y 204 de OIT. 4. Luces y sombras del trabajo con la familia desde la mirada del trabajo decente. 4.1 Luces. 4.1.1. El acortamiento de las distancias que provoca el poder desigual. 4.1.2. Trabajo de los miembros de la familia que se inician en la vida laboral. 4.1.3. Trabajo en coordinación con formación institucional. (facilidades de trabajo y estudio). 4.1.4. Compatibilidad con las responsabilidades familiares. 4.2. Sombras. 4.2.1. El problema en el plano de los derechos. 4.2.2. El problema en el plano de las garantías. 5. Reflexiones finales.

1. Propósito, límites y marco metodológico

El propósito del presente análisis consiste en abordar el marco de derechos de la persona que trabaja para un miembro de su familia.

La primera pregunta que dispara este análisis consiste en plantearse hasta qué punto el trabajo familiar de personas con vínculos familiares o cuasifamiliares acarrea un marco de informalidad laboral.

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ministra del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno. Directora de la Escuela Judicial del Poder Judicial, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.

Desde este propósito, debe aclararse que la perspectiva es endógena. Es decir, los vínculos laborales creados entre miembros de la familia. Ello provoca que quede excluida del análisis la familia como unidad de producción en su relación con el mundo. A su vez, la metodología seguida se ve condicionada por la optada por la obra en la que se inserta que, como se plantea en la presentación, busca analizar la informalidad como realidad en el trabajo desde distintas perspectivas. Esto trae aparejado que solo se planteará con alcance enunciativo la conceptualización de trabajo informal que se tendrá en cuenta en tanto para su profundización corresponde remitirse al estudio especial que se encuentra en esta obra colectiva¹.

La segunda precisión consiste en que el ámbito de investigación se ceñirá a la consideración del trabajo de una persona para un miembro de su familia, pero cuando esta se trata de una unidad económica de pequeño o mediano porte.

A su vez, la referencia al trabajo para un miembro de la familia puede extenderse a un concepto ampliado de vínculo familiar integrando tanto los de consanguinidad o afinidad como otros de índole cuasifamiliar. Esto es, muy estrecha, derivada de la convivencia, el afecto, la vecindad. A partir de este segundo deslinde, queda excluido del análisis el trabajo de personas en empresas familiares que, aunque hubieran tenido ese origen, han logrado un desenvolvimiento tal que aquella modalidad de gestación no constituye más que la historia del colectivo y en su lugar o ya no esté conformada por familiares o que estos tengan una participación minoritaria con o sin poderes de gestión.

Esta segunda precisión determina a su vez excluir del análisis el trabajo a domicilio. Ello por cuanto en el modelo general de trabajo a domicilio la familia o, mejor dicho, la morada de la familia no es más que el lugar físico de ejecución del vínculo.

La segunda pregunta que ordena este abordaje consiste en plantear cuál es el alcance de la informalidad del trabajo de una persona para la familia o un miembro de la familia, medida a la luz del concepto de *trabajo decente*. Es decir, abordar el fenómeno del trabajo cuando se

1 Sobre trabajo informal, ver en esta misma obra el aporte de Manuel Herrera Carbuccia.

lleva a cabo entre miembros de la familia, considerando las ventajas y desventajas desde la mirada del modelo de trabajo decente, como meta derecho aglutinante de derechos humanos laborales de la persona que trabaja para el grupo. No pretende llegar más que a un paneo de las situaciones o ensayo de diagnóstico de la realidad, de las ventajas y los riesgos a la luz de la garantía de la formalidad laboral del trabajo en una unidad de producción familiar. Esto es, hasta qué punto el trabajo entre miembros de una familia pone en riesgo la formalidad del vínculo laboral-familiar como expresión de trabajo decente de sus miembros.

El baremo del trabajo decente constituye un modelo de trabajo en progresiva formación², trabajo de calidad en el sentido de que asegure a las personas la oportunidad efectiva —y no solo normativa— de obtener un empleo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad, dignidad humana, con libertad de asociación y libertad sindical, con derecho a la negociación colectiva, sin discriminación, sin trabajo forzoso ni trabajo infantil con garantía de protección social y derechos no renunciables.

Por ello, por un lado, el trabajo informal o desarrollado en el ámbito de una economía informal es el modelo antónimo del trabajo decente. Hace décadas la OIT utilizó por primera vez la expresión "sector no estructurado" (actualmente, "sector informal") para describir las duras actividades de los trabajadores pobres que no eran reconocidas, registradas, protegidas o reguladas por las autoridades³. Hace unos años

2 Oscar Ermida Uriarte, "Trabajo decente y formación profesional". *Boletín CINTERFOR*, núm. 151.

3 En 1991 la 78.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo examinó "el dilema del sector no estructurado", cuestionándose si la OIT y sus mandantes debían promover el sector informal como proveedor de empleo y de ingresos o tratar de hacerle extensiva la reglamentación y la protección social, con la posibilidad de que de esta forma se redujera su capacidad de proporcionar empleos e ingresos a una mano de obra constantemente en crecimiento.

En la Memoria de 1991 se subrayaba que "está excluido que la OIT ayude a 'promover' o a 'desarrollar' el sector no estructurado de tal o cual país como un medio cómodo y poco oneroso de crear empleos si los interesados no están resueltos, al mismo tiempo, a erradicar paulatinamente las peores formas de explotación y de trabajo infrahumanas que se observan en ese sector". En la discusión de la Conferencia se hizo hincapié en que para resolver el dilema había que "atacar a las raíces del mal y no sólo a los síntomas" mediante "una estrategia global y diversificada". Hoy todavía hay un dilema, pero de magnitud y complejidad mucho mayores. En contra de las primeras predicciones, la economía informal ha crecido rápidamente en casi todos los puntos del planeta, incluidos los países industrializados, y ya no puede seguir considerándose un fenómeno temporal o marginal. *La mayor parte de los nuevos empleos de los últimos años, particularmente en los países en desarrollo y en transición, se ha creado en la economía informal*. La mayoría de las personas ha pasado a la economía informal porque no podía encontrar un empleo o emprender una actividad empresarial en la economía formal.

La inclusión de este tema en la discusión de la Conferencia Internacional del Trabajo se motiva

empezó a abandonar este término sustituyéndolo por el de economía informal⁴.

La expresión "economía informal" se utiliza ampliamente para hacer referencia al grupo, cada vez más numeroso y diverso de trabajadores y empresas tanto rurales como urbanas que operan en el ámbito informal.

Por otro, para la OIT la forma más consistente de analizar la situación de quienes se encuentran en la economía informal es en términos de *déficit de trabajo decente*. Los trabajos en malas condiciones, improductivos y no remunerados que no están reconocidos o protegidos por la ley, la ausencia de derechos en el trabajo, la inadecuada protección social y la falta de representación y de voz se producen más en la economía informal, especialmente en el extremo inferior que constituyen las mujeres y los trabajadores jóvenes.

Para la OIT y sus mandantes, el trabajo decente no es una norma, sino una meta que ha de lograrse progresivamente. Aplicar un método progresivo implicaría comenzar en el extremo informal del continuo económico, en el que se ha creado la mayoría de los nuevos empleos en los últimos años, y promover la transición dentro de ese continuo hacia el extremo formal de la economía y del trabajo decente y protegido.

en el reconocimiento de que *todo el que trabaja tiene derechos laborales, independientemente de dónde trabaje*, así como el compromiso de la OIT y de sus mandantes de hacer que el trabajo decente sea una realidad para todos los trabajadores y empleadores. *El objetivo es promover el trabajo decente en todo el universo continuo de la actividad económica, que abarca desde el sector informal hasta el sector formal, aplicando enfoques orientados al desarrollo, la reducción de la pobreza y la igualdad de género.*

Ver *El trabajo decente y la economía informal*. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 90.ª reunión 2002. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_071433/lang-es/index.htm. Art. 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derecho Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.

- 4 La expresión "economía informal" se utiliza ampliamente para hacer referencia al grupo, cada vez más numeroso y diverso de trabajadores y empresas tanto rurales como urbanas que operan en el ámbito informal. Entre ellos se incluye a los trabajadores por cuenta propia dedicados a actividades catalogadas de subsistencia, como los vendedores callejeros, los limpiabotas, los recogedores de basura y los chatarreros y traperos, a los trabajadores domésticos remunerados empleados por los hogares, los trabajadores a domicilio y los trabajadores de fábricas explotadoras a los que "se hace pasar por trabajadores asalariados" en cadenas de producción, y a los trabajadores independientes de microempresas que funcionan en solitario, con trabajadores familiares o algunas veces con aprendices o trabajadores asalariados. *El trabajo decente y la economía informal*. Informe VI), Conferencia Internacional del Trabajo. 90.ª reunión 2002. <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-vi.pdf>

Sin embargo, dado que las causas profundas de la economía informal tienen múltiples facetas, tal como lo diagnostica la Recomendación 204 de OIT, la legalización no basta por sí sola para promover el trabajo decente. Son esenciales unas instituciones judiciales, políticas, económicas y de otro tipo, relacionadas o no con el mercado, que sean eficaces, así como un acceso equitativo a dichas instituciones. Esta afirmación —la legislación no basta— se fundamenta en el contenido del compromiso de los Estados respecto de los derechos humanos y en particular de los derechos humanos laborales. No solo se comprometen a respetar, sino también a proteger y promover el trabajo decente como surge de los instrumentos fundamentales de la OIT: del Preámbulo, la Declaración de Filadelfia, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales, la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa y la Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo, así como los convenios y recomendaciones que los desarrollan.

En este sentido, los Estados asumen una obligación de garantía que también en el marco de las normas internacionales de trabajo deben focalizarse a través de tres herramientas de control de eficacia: la justicia, la inspección del trabajo y la autotutela cuya plenitud, a su vez, cada Estado debe garantizar.

Ahora bien, ha sido en la economía informal donde se han creado más puestos de trabajo en los últimos años, pero también donde se han encontrado los mayores problemas en relación con los derechos de los trabajadores. Para la OIT, los derechos fundamentales en el trabajo son tan importantes en la economía formal como en la informal; de ahí la preocupación de crear puestos de trabajo en buenas condiciones y no de cualquier tipo.

En este siglo XXI el reto del empleo significa mucho más que obtener simplemente un puesto de trabajo⁵.

5 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_071433/lang-es/index.htm

2. Trabajo con la familia: entre los miembros de una familia o de una familia ampliada

2.1. Universo de situaciones

Ante todo, una precisión terminológica. Se identificará como relación familiar que involucra trabajo, cualquier tipo o naturaleza de trabajo y como relación de trabajo dependiente, la que reconoce la dogmática clásica del derecho del trabajo.

La idea de centrar el análisis en la persona que trabaja con la familia, independientemente de su forma jurídica, obedece a evitar el corsé que ello puede provocar. El propósito entonces es recalcar en el concepto del “mundo del trabajo” cuando este mundo es la familia⁶.

La idea de trabajo *con* la familia —distinto a la de trabajo *de* la familia— refiere a la vinculación de realización de trabajo entre miembros de la familia. Es decir, en circunstancias en las que un miembro de la familia trabaja bajo la dirección —con distintos grados de intensidad— de otro. Por ejemplo, trabajo entre cónyuges, padres e hijos, hermanos, familiares de segunda línea, como, por ejemplo, primos, o por línea de afinidad, como cuñados.

El interés de incluir esta categoría de análisis en el marco general sobre los estudios acerca de la informalidad radica en la idea apriorística que se manifiesta en dos aspectos. Uno, que, en ella, antes de la posible relación en torno al trabajo, se encuentra la relación familiar. Esto es que subyace en todas ellas un dato de la realidad que las distingue y que radica justamente en el vínculo familiar. Un vínculo en torno al trabajo —independientemente de su naturaleza y para visualizar los extremos, el trabajo como colaboración y el trabajo como relación de dependencia— que se suma a un vínculo de familiaridad. Otro, que en la relación familiar —sin perjuicio de mayor o menor grado— existirá un componente afectivo.

⁶ Se acude al concepto de “mundo del trabajo” utilizado por el CIT 190 de OIT que justamente busca construir formas de tutela independientes a la modalidad jurídica de la realización del trabajo.

A su vez, que el componente afectivo proyectado en una relación de trabajo dependiente entre familiares es mucho más común que en una relación de trabajo dependiente entre sujetos que no lo son. Esto no significa que no existan relaciones de trabajo dependientes con un componente afectivo más o menos potente, sino que este no constituye un aspecto que ocurra de regla.

El trabajo con la familia aborda un conjunto de hipótesis que involucran el trabajo de una persona prestado para otra a quien le une una relación familiar. Es decir, una relación jurídica en la que se suman dos vínculos: el familiar y el laboral.

He aquí la primera particularidad. En el modelo de relación de trabajo supone el trabajo para otro y ese otro puede ser persona física, pero también jurídica. En el caso en análisis, en cambio, el sujeto que se apropia de los frutos de ese trabajo es únicamente persona física justamente por cuanto el lazo familiar tiene en su base personas físicas, aunque también podría abarcar la situación de que el receptor del trabajo fuera el titular del poder de dirección, ya sea de hecho o de derecho⁷.

Estas hipótesis mayoritariamente refieren al trabajo entre cónyuges, concubinos o personas en pareja; entre padres e hijos, y entre hermanos.

2.2. Ambigüedades del trabajo entre los miembros de la familia

El trabajo inmerso en la relación familiar ante la duda de si califica o no como relación de trabajo dependiente, provoca ambigüedades valorativas e interpretativas que en muchas áreas determina difíciles problemas por resolver.

En el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la familia como tal y sus integrantes han sido considerados como un pivote de tutela con linaje de derechos humanos. En la Declaración ha sido reconocida como institución titular del derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado y como un ámbito natural de desarrollo de la dignidad humana (artículo 16, número 3) que incluye que la remuneración de sus miembros sea satisfactoria

⁷ En consecuencia, excluye el trabajo de una persona para una empresa familiar cuando el lazo de parentesco está invisibilizado en la organización.

de tal modo que vea garantizada una existencia digna y de bienestar, completada en caso necesario por la protección social (artículos 23 y 25). En similar sentido, el reconocimiento del derecho a la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad realizado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10); la relación entre la garantía de tutela de la infancia y la familia o la familia ampliada de la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 5); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (artículo 1); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 22). A este conjunto debe sumarse la Recomendación 204 de OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal, por cuanto ubica entre los trabajadores en situación de riesgo de formar parte de unidades de economía informal a los que trabajan por cuenta ajena, ya sea en solitario o con la ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remunerados (artículo 3, literal b).

En el ámbito regional ocurre lo mismo. En tal sentido, la Declaración Americana de Derechos Humanos (artículo VI), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 11), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador (artículo 15) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (CEDAW) y la Recomendación General 13, 16 y 35 del respectivo Comité, la Convención de Belem do Pará (artículo 4, literal e).

De ahí que, por un lado, la familia es vista por el derecho de los derechos humanos como el ámbito natural de desarrollo y dignidad de la persona humana. Desde esta misma perspectiva, puede ser considerada como un ámbito propicio para la ejecución de trabajo por parte de personas en estado de especial vulnerabilidad —como los menores y las personas con discapacidad— y, en consecuencia, como una institución que reclama protección a través de la tutela especial de ciertas condiciones de trabajo de sus miembros y del llamado de atención ante la proliferación del trabajo no remunerado de la mujer.

Empero, por otro lado, el trabajo sumado a la relación de familia involucra un alto riesgo de informalidad en tanto el vínculo afectivo subyacente opera como un velo en dos direcciones. Una dirección, un velo para quien trabaja para un miembro de su familia en la etapa de ejecución del relacionamiento. El vínculo afectivo que subyace no permite ver o, por lo menos, obstaculiza que quien realiza el trabajo pueda sentirla como una relación de conflicto latente —funcional en las relaciones laborales no familiares— y discernir entre la colaboración y la relación de trabajo dependiente. Casi podría decirse que quien trabaja para alguien de su familia no llega a alcanzar conciencia de clase, por cuanto muy probablemente no percibe la distancia estructural de poder y la oposición de intereses. En otra dirección, un velo para la etapa de conflicto y concretamente cuando surge el problema de calificar el relacionamiento, en tanto, a pesar de existir trabajo, el vínculo familiar en la generalidad de los casos ha provocado la ruptura del modelo de contraposición de intereses entre los sujetos involucrados. Serías dificultades de visualización para quien lo vive y para quien se ve enfrentado a calificarlo en términos jurídicos.

En definitiva, la ambigüedad consiste en que la familia puede funcionar al tiempo como reducto de desarrollo del trabajo cuidadoso de la dignidad humana, y como terreno fértil para la informalidad, debido al tejido complejo de vínculos afectivos y laborales.

2.3. Los modelos que pueden delinearse a partir de los materiales normativos de los Estados

El primer escenario para el abordaje del problema —que no es lo mismo que la mejor solución al problema— consiste en la previsión que exista en los materiales normativos de cada ordenamiento jurídico. A ello corresponde agregar los estándares de aplicación por la jurisprudencia y las construcciones doctrinarias.

En general, de las distintas hipótesis de trabajo entre familiares apenas se relevan disposiciones normativas sobre la relación entre cónyuges, sea con naturaleza de colaboración o en algunos casos como expresa obstrucción a la relación de trabajo dependiente.

2.4. Algunos modelos normativos

En Argentina el artículo 21 de la Ley de Contrato de Trabajo indica que se considera tal independientemente de su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

Por su parte, el artículo 22 define la relación de trabajo en tanto una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de esta de forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

A su orden, el artículo 23 presume la existencia de contrato de trabajo cuando se realice trabajo como hecho, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o las causas que lo motiven, se demostrase lo contrario. Se declara además que la presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio. Empero, el artículo 1002, literal d) del Código Civil prohíbe la contratación entre cónyuges si se encuentran en régimen de comunidad de bienes.

Vale decir que en Argentina la Ley de Contrato de Trabajo no incluye prohibición expresa de contrato de trabajo entre cónyuges. Sin embargo, se relevan casos de jurisprudencia contrarios sobre la base de priorizar la asistencia y colaboración entre cónyuges prevista en el artículo 198 del Código Civil y otros, de contenido contrario.

Entre los primeros puede citarse la decisión de la Cámara Nacional del Trabajo, Sala VIII en la causa Costas, María Claudia c/Hotel Splendid Sociedad de Hecho, que falló contra la pretensión de calificación como contrato de trabajo planteada por quien era cónyuge de uno de los socios de la sociedad irregular y que explotaba comercialmente la actividad del hotel donde trabajaba. Expresó la Sala que la actividad era realizada en

un marco de asistencia y colaboración de acuerdo con lo normado en el artículo 198 del Código Civil y no mediante la celebración de un contrato de trabajo, ya que, según dijo:

[...] difícilmente puedan dirigirse planteos relacionados con aumentos salariales, el ejercicio del derecho de huelga, denuncias fundadas en pérdida de confianza, o acoso sexual, suspensiones por cuestiones disciplinarias etc. Lo que demuestra la irracionalidad de la hipótesis que se postula, además los esposos conjuntamente contribuyen a la formación de un mismo patrimonio, pues conforman una comunidad familiar más allá de las pruebas testimoniales ofrecidas, donde el argumento es que la relación laboral habría nacido antes del matrimonio, por ello esta sala concluyó que no resulta aplicable la presunción relativa dispuesta en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Entre los amparatorios, el caso Segurotti Luciana c/ ANSeS, la Corte Suprema de la Nación aceptó la procedencia del contrato de trabajo entre cónyuges, afirmando lo siguiente:

[...] por una parte, en la legislación vigente no existe prohibición genérica de contratar entre cónyuges ni específica de celebrar contrato de trabajo; por la otra, la independencia de los patrimonios —aun gananciales— de los cónyuges que estableció en primer término la ley 11357 y perfeccionó la ley 17711 (arts. 1276 y 1277, CC) permite perfectamente conciliar sus derechos y deberes en la órbita matrimonial con la relación de dependencia propia del mencionado contrato, que se limita a las actividades de la empresa. Por tanto, si —como en el caso— se acredita el vínculo laboral invocado, la efectiva realización de tareas y la realización de los correspondientes aportes al ente previsional correspondiente, no existen motivos para negar la prestación solicitada. Conclusión que es válida igualmente para el supuesto de vigencia de la sociedad conyugal como para el de separación judicial de bienes, en razón de que aquella no es obstáculo a la referida independencia patrimonial.

Las voces de la doctrina no son pacíficas. Exponente de ello es la interpretación que realiza Cristina Mansilla en la *Revista de Derecho Tributario*, núm. 5, de octubre 2013, donde indica que en el caso de

los cónyuges, si bien puede existir una causa inmediata asimilable a la que se da en una contratación laboral, la causa esencial y mediata de cualquier prestación recíproca entre ellos se entiende que deriva del estado del matrimonio, en el que la colaboración o ayuda de uno de los cónyuges en los negocios del otro forma parte del deber de asistencia recíproca, que las partes no pueden modificar ni vulnerar por tratarse de normas de orden público que sirven de base para la organización jurídica familiar. Conforme con ello, la causa del objeto del contrato nunca podría ser la de un vínculo de índole laboral, lo que excluye su calificación como tal. Esta autora admite, sin embargo, la relación de trabajo entre concubinos, en tanto tienen capacidad para contratar y, por ende, resulta aplicable la presunción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo si el concubino prueba la inserción de su prestación personal en el establecimiento de titularidad del otro.

Por su parte, también en Argentina, no se releva regulación expresa sobre relación de trabajo entre padres e hijos. La jurisprudencia laboral ha aplicado la presunción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo a un caso de trabajo de la hija de uno de los socios de la sociedad comercial. En la causa *Martínez, Lorena Perla c/Radiotaxi Caitax SRL y otros s/despido* de la Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, con sentencia el 30/12/2008:

[...] se aplicó la presunción laboral del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, frente a la demanda iniciada por la hija de uno de los socios de la sociedad comercial, el Sr. Oscar Martínez y que a partir de prueba testimonial ofrecida demostró que cumplía horario, percibía una remuneración mensual en la empresa prestadora de servicios de taxi, desarrollando además actividades administrativas y de operación de radio, probó que recibía órdenes de su padre en carácter de apoderado y quién abonaba los sueldos de todos los empleados de la firma, más allá de que la demandada acompañó en carácter de prueba un informe emitido por la Universidad de Buenos Aires, donde la demandante se hallaba inscripta como alumna regular en la carrera de abogacía, y que por los horarios que informaran y que debía cumplir, no podrían darse por probados sus argumentos. Sin embargo, la sentencia resolvió el litigio en favor de la trabajadora, tomando los datos aportados por la demandante ante

la falta de registro de la relación laboral, además la jurisprudencia ha sido pacífica en la aplicación del art. 55 de la Ley de Contrato de trabajo que dice: “La falta de exhibición o requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos será tenida como presunción a favor de las afirmaciones”.

Empero, la jurisprudencia del ámbito tributario ha entendido que ingresa en el ámbito de la excepción legal de la presunción el caso del trabajo entre padres e hijos mayores o emancipados cuando todos ellos contribuyen a la formación de un mismo patrimonio y, sobre todo, cuando forman parte de una misma comunidad familiar, es decir, cuando está ausente el elemento *ajenidad económica*, pues no se trabaja para un tercero, sino para una misma comunidad económica que se integra⁸.

En México la Ley Federal del Trabajo de 1970 en el artículo 21 expresa que se presume la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.

Si bien contiene un capítulo que denomina “Industria familiar” refiere a los talleres familiares que mediante la regla del artículo 352 los margina de la tutela laboral con excepción de las disposiciones relativas a higiene y seguridad y a ellas limita la función de control de la inspección del trabajo. Ello conlleva a que en estos se produzcan las peores injusticias del mundo laboral incluido el trabajo infantil⁹.

En España el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores prevé como relaciones laborales de carácter especial las del servicio familiar. El artículo 12 de la Ley de la Seguridad Social, en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, indica que no tienen consideración de trabajadores por cuenta ajena los familiares de primer y hasta segundo grado, a excepción de los hijos menores de 30 años y los mayores con

8 Se relevan dos casos: Volpi, Marisa Silvia c/MTESS s/impugnación de deuda y Hadicke, Christian Pablo c/Iglesias, Mónica Gabriela s/despido.

9 Carlos de Buen, *Análisis de la Ley Federal del Trabajo. Comentarios y jurisprudencia*, Primera Edición en Editorial Porrúa, México, 2017. Expresa el autor que ni la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de OIT de 1998 ni el Convenio Internacional de Trabajo 182, que *prohíbe y exige la eliminación de todas las formas de esclavitud y prácticas análogas, la condición de siervo y el trabajo forzoso u obligatorio; la prostitución y pornografía infantiles; la utilización de niños en actividades ilícitas, y cualquier trabajo susceptible de dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.*

dificultades de inserción laboral. Además, el artículo 1.1. e) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, establece la exclusión del ámbito regulado por la citada ley de los trabajos que se realicen a título de “amistad, benevolencia o buena vecindad”.

Quedarían comprendidos en la exclusión los trabajos de carácter familiar donde solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptada, bajo la dirección de uno de sus miembros, siempre que los que trabajen no se consideren asalariados. No basta que el trabajo se preste por familiares o aceptados, bajo la dirección de uno de ellos para excluirlo de la ley, sino que se precisa como *conditio sine qua non* que tal trabajo tenga un carácter familiar, ya que, de lo contrario, o bien será un contrato de trabajo (común o a domicilio) o bien un servicio amistoso, benévolo o de buena vecindad fuera también del ordenamiento laboral (artículo 1º, apartado b). Ahora bien, el *carácter familiar* de los trabajos no tiene tan solo un valor enunciativo —carente de sentido sin las notas posteriores que lo delimitan—, sino también y fundamentalmente un valor sustantivo, ya que tal *carácter* es el que marca de modo preciso la exclusión.

Caerían dentro del modelo de trabajo familiar excluido de la protección del contrato de trabajo, el trabajo agrícola, el industrial artesanal (que produce y vende), el comercial (que intermedia en la venta) el marítimo de pesca, el de las profesiones liberales¹⁰.

En Costa Rica no existe regulación expresa sobre el trabajo entre cónyuges ni entre padres e hijos ni entre otros familiares por consanguinidad ni afinidad. Cuando se debate en un proceso judicial acerca de la existencia de relación de trabajo entre familiares, la jurisprudencia aplica los mismos criterios que en cualquier otro caso de similar objeto. En tal sentido, analiza y busca detectar los elementos tipificantes de esta presentes en los conceptos de patrono y trabajador de los artículos 2 y 4 del Código de Trabajo. En caso de duda aplica la presunción de laboralidad prevista en

10 Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, “El ámbito subjetivo del trabajo familiar” (<https://1library.co/title/el-ambito-subjetivo-del-trabajo-familiar>). *Estudio regional sobre trabajo infantil en la agricultura en América Latina y el Caribe*. FAO-OIT, 2019. <http://www.fao.org/3/ca4531es/ca4531es.pdf>

el artículo 18 si se ha podido probar la prestación personal del servicio¹¹ y refuerza el razonamiento bajo la guía de la Recomendación 198 de OIT¹².

En Venezuela tampoco existe reglamentación sobre el trabajo dependiente entre cónyuges, padres e hijos, hermanos y cualesquiera otros familiares. Ello sin perjuicio de que la duda determina la aplicación de la presunción *iuris tantum* de laboralidad que dicta el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo si se releva prestación personal.

La única previsión aproximada al tema refiere la posibilidad de colaboración que pueden prestar los familiares a la persona que realiza trabajo a domicilio para un tercero.

En casos de debate acerca de la naturaleza del trabajo entre miembros de la familia, la justicia laboral aplica la técnica del haz de indicios que asumió la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia a partir de la Sentencia Líder N° 489 de 13 de agosto de 2002 en un caso en el que las partes de la supuesta relación de trabajo no eran familiares. En este caso, claramente anterior a la aprobación de la Recomendación 198 de OIT, la Sala invoca los que habrían sido elementos propuestos en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de OIT examinó en 1997 y 1998¹³.

En Brasil el artículo 3 de la Consolidación de Leyes del Trabajo dispone que se considera empleado a toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual a un empleador, bajo la dependencia de este y mediante un salario. En este caso, para ser empleado es preciso ser persona física, prestar servicios habitualmente bajo las órdenes y

11 El artículo 2 del Código de Trabajo expresa que "Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de una u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". El artículo 4 indica: que "Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". Por su parte, el artículo 18 del Código de Trabajo señala que se presume la existencia de un contrato de trabajo entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.

En este numeral se establece una presunción legal *iuris tantum* que la parte demandada debe desvirtuar cuando considere que no la unía una relación laboral con quien prestó sus servicios.

12 Así actuó la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el voto n° 2018-000850 del 23 de mayo de 2018 en el que aplicaron los indicadores de la Recomendación 198 de OIT (<https://vlex.co.cr/vid/sentencia-n-2018-000850-774008969>)

13 <https://vlexvenezuela.com/vid/beatr-orta-nacional-docencia-profesores-283473059>

dependencia de un empleador y recibir salarios. No se releva disposición alguna que excluya la posibilidad de que los cónyuges o los miembros de una pareja estable o los familiares traben una relación de trabajo. En los casos en que ello se debata, será necesario probar la subordinación jurídica, aunque se sume a la motivación afectiva en la prestación del trabajo.

En el proceso 0011718-24.2017.5.18.0017 una mujer litigó contra su exesposo socio de una empresa de representación de ropa infantil alegando que había cumplido funciones de vendedora y encargada de la parte administrativa del escaparate. Se expresó en la sentencia que debía presumirse que cuando una mujer y un hombre cohabitan la relación no es laboral, sino de otra naturaleza por lo que resulta imprescindible la prueba de la existencia del contrato de trabajo.

El Tribunal Regional de Trabajo de la Tercera Región en el caso 01045-2010-064-03-00-4 (AP) reconoció la pretendida relación de trabajo entre la tienda de comestibles denunciada y la sobrina y la hijastra de los propietarios. Expresó la sentencia que había resultado probado que la demandante ayudaba en la tienda de comestibles, haciendo servicio de mostrador y recibiendo el salario de forma mensual. Agregó que las actividades de la actora se habían proporcionado a la persona jurídica y no a la persona física, que tiene su propia personalidad jurídica y distinta de los socios. Indicó también que existió la prestación personal de servicios de manera no esporádica y onerosa.

En el proceso 0001344-79.2011.5.03.0112 RO, tanto en el primer grado como en la Tercera Turma del Tribunal Regional de Trabajo, se rechazó la pretensión de un hijo que solicitó la condena por su condición de empleado contra su padre, propietario de un bufete de abogados, por falta de prueba.

En la causa 0010222-40.2016.5.03.0169 (RO) el Tribunal Regional de Trabajo de la Tercera Región en una acción laboral entre cónyuges que resultó amparatoria expresó que el Derecho laboral no es inmune a la promiscuidad de las relaciones jurídicas, expresando que la relación amorosa no sirve por sí sola para desfigurar una relación laboral. Destacó que en el caso la cuestión trascendía la simple coexistencia de una

relación amorosa conjugada con una relación laboral, destacando que había existido una dependencia económica sostenida entre las partes, que es uno de los supuestos centrales de la existencia del contrato de trabajo.

En el caso 0011161-86.2016.5.03.0050 (RO) el Tribunal Regional de Trabajo de la Tercera Región calificó como relación de trabajo el vínculo de una mujer con su fallecido compañero, con quien había vivido veintiún años, y que de 2009 a 2015 había trabajado por cuenta ajena para la empresa de la que era socio, recibiendo órdenes, siendo supervisada, cumpliendo horario de trabajo, siendo retribuida con tres salarios mínimos mensuales y teniendo un contrato de trabajo registrado como asistente administrativa. La acción promovida contra el heredero de su compañero, quien hizo valer la relación afectiva, resultó exitosa.

En cambio, en el caso 0010293-38.2016.5.03.0138 (RO), el Tribunal Regional de Trabajo de Minas Gerais entendió que la colaboración entre la demandante y su excompañera dueña de un carrito de *snacks* era fruto de la relación afectiva y no de la relación laboral alegada.

El Tribunal Regional de Trabajo de Minas Gerais en el caso 01281-2007-109-03-00-1 (AP) expresó que la unión estable no impide el reconocimiento de la relación laboral entre el médico y la enfermera: Al examinarse la cuestión relativa al reconocimiento de la relación laboral, alegada por el demandante, frente a la relación familiar, defendida por el demandado, la Sala consideró que el hecho de que el demandante realizara otras actividades no descartaba el vínculo, porque la exclusividad no es un requisito de la relación laboral. Valoró como suficientes las declaraciones de las partes para demostrar la existencia de una relación laboral.

En Chile el Código de Trabajo no dedica un tratamiento especial a la relación de trabajo entre miembros de una familia, por lo que puede inferirse que se le aplicarían las reglas generales. Estas suponen por un lado que el Código de Trabajo define el contrato de trabajo como “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada” (artículo 7). Y por otro, que el artículo 8

consagra una presunción de laboralidad para “[...] toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior”.

Significa entonces que en la legislación chilena el trabajo en relación de trabajo entre personas de la misma familia es admisible e incluso goza de la presunción de laboralidad cuando una preste servicios para otra. Al ser consensual el contrato de trabajo, la jurisprudencia le resta trascendencia al nombre que le hubieran adjudicado las partes y se centra en el principio de primacía de la realidad buscando la ocurrencia del haz de indicios¹⁴ que permita deducir la dependencia y subordinación (artículo 7 del Código de Trabajo).

La Dirección del Trabajo se ha pronunciado en casos de contrato de trabajo entre cónyuges, construyendo el juicio de admisibilidad especialmente en función de la relación con los bienes patrimoniales, y distinguiendo si los cónyuges tienen sociedad o participación de gananciales o están separados de bienes.

Ha señalado que en caso de ocurrir los indicadores del contrato de trabajo (prestación de servicios personales, remuneración, ejecución de los servicios en situación de dependencia y subordinación de la persona en cuyo beneficio lo realiza) no se advierte inconveniente jurídico para que exista una relación de carácter laboral entre cónyuges casados bajo régimen de participación en los gananciales. Ello con fundamento en que en el régimen matrimonial cada cónyuge conserva sus facultades de administración, pudiendo disponer libremente de sus bienes de conformidad con el artículo 17-92-3 del Código Civil¹⁵.

En otro dictamen entendió que la mujer casada bajo sociedad conyugal puede suscribir válidamente contrato de trabajo como dependiente con una empresa individual de responsabilidad limitada cuyo titular es su marido, como empleadora¹⁶. Expresa en síntesis que conforme a la jurisprudencia administrativa vigente relacionada precedentemente, los

14 Corte Suprema, Rol 527-98. Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de enero de 2021, Rol 395-2020. Corte de Apelaciones de Temuco, 4 de septiembre de 2020, Rol 19-2020.

15 Dictamen n. 0393/03 Gobierno de Chile. Dirección del Trabajo. Departamento Jurídico. K.19313(1476)2005.

16 Dictamen n. 4355/49 Gobierno de Chile. Dirección del Trabajo. Departamento Jurídico. K11.813(2342)2013.

cónyuges separados de bienes y aquellos casados bajo el régimen de participación en los gananciales, pueden válidamente celebrar contratos de trabajo entre sí, y, en general, la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal no puede ser empleadora de su marido y, a su vez, tampoco bajo este régimen el marido puede ser empleador de su cónyuge, a menos que, en uno y otro caso, la mujer casada ejerza oficio, profesión o industria separada de su marido, casos en los cuales los cónyuges pueden válidamente ser partes de la relación laboral y suscribir contrato de trabajo.

En Perú la legislación excluye de la protección del derecho del trabajo a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado. Indican la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 728 y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR) que en tales casos se considera que no genera relación laboral salvo pacto en contrario. Vale decir que la situación de regla consiste en que el ordenamiento jurídico no tutela el trabajo realizado por una persona para otra que se encuentra en línea de consanguinidad hasta el segundo grado. En aplicación de esta regla la Sentencia de Casación 1572-2003 de Arequipa no admitió la relación de trabajo a pesar de que había existido una conciliación judicial en la que la persona que se beneficiaba con el trabajo había admitido adeudarle a la prestadora U\$S20.000.

La situación de excepción estaría dada cuando se ha suscitado un acuerdo en sentido contrario. Significa entonces que la tutela del derecho del trabajo ante un contrato de trabajo entre parientes hasta en la segunda línea de consanguinidad depende de la existencia de un pacto.

Uruguay, a diferencia de los otros ordenamientos jurídicos señalados, carece de regulación general sobre el contrato de trabajo. Tampoco se sienta una presunción legal. La Constitución, sin embargo, sin realizar exclusiones, garantiza en los artículos 53 y 54 la tutela en el goce del trabajo mediante la ley, así como la protección especial para quien se halle en una relación de trabajo o servicio¹⁷.

17 Uruguay no tiene Ley de Contrato de Trabajo ni Consolidación de Leyes de Trabajo ni Código de Trabajo. En su lugar, tiene una gran producción normativa heterónoma que se inicia en los primeros años del siglo XX, pautada por un marcado contenido tutelar del trabajador, promotora además de los derechos colectivos y sindicales, todos con reconocimiento

Uruguay no presenta prohibición de entablar relación de trabajo entre cónyuges de distinto o el mismo sexo¹⁸ y la Ley 18.246 sobre el vínculo entre concubinos implícitamente la admite e incluso crea una presunción simple en su favor¹⁹. Ello sin perjuicio del deber de colaboración que se deben durante y después de la finalización de la ejecución del vínculo²⁰.

No existe reglamentación del trabajo dependiente entre padres e hijos²¹, padres e hijos adoptivos, hermanos u otros familiares.

Ahora bien. Basta recorrer la Base de Jurisprudencia Nacional²² del Poder Judicial para observar que no llama la atención por cuanto es muy común encontrar procesos judiciales entre familiares (cónyuges, concubinos, padres e hijos, hermanos).

En los casos en los que se duda de la naturaleza del vínculo, la jurisprudencia ha utilizado como patrón de comparación los elementos típicos de la relación de trabajo contruidos por la doctrina especializada reconocidos con tal grado de adhesión cual si tuviera origen legislativo²³. La jurisprudencia uruguaya, particularmente desde la especialización orgánica en 1960 acude muy frecuentemente a las fuentes del derecho internacional del trabajo tanto para interpretar como para integrar el ordenamiento interno²⁴. En esta línea, en 2009 cierta jurisprudencia de

constitucional desde la Constitución de 1934. A ello se suma que es temprano ratificador de los Convenios Internacionales de Trabajo (hoy por hoy se encuentra en el 7.º lugar entre los miembros de la OIT) y de las Convenciones sobre Derechos Humanos regionales y universales. Este panorama de dispersión normativa ha obrado como uno de los propulsores de un amplio desarrollo doctrinario dotado de gran autoridad que ha sido mayoritariamente recogido por la jurisprudencia.

18 Ley 19075 de 2013.

19 Expresa el art. 23 de la Ley 18.246: La relación concubinaria no obsta a los derechos derivados de la relación laboral entre los concubinos, siempre que se trate de trabajo desempeñado de manera permanente y subordinada. Se presume dicha relación, salvo prueba en contrario, cuando uno de los concubinos asume ante terceros la gestión y administración del negocio o empresa de que se trate.

20 Art. 183 del Código Civil con la modificación operada por la Ley 19.119.

21 Salvo la limitación indirecta que opera la admisibilidad del trabajo de los menores de edad en lo que sigue la reglamentación de los Convenios Internacionales de Trabajo 138 y 182.

22 <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/> abierta a cualquier navegante.

23 Es el caso del análisis que realiza el profesor Américo Plá Rodríguez en el Curso de Derecho Laboral desde su primera edición en 1979. Curso de Derecho Laboral, t. 1, vol. 2 Editorial Acali, Montevideo, 1979.

24 Rivas Goicoechea, Ana Gabriela. "Aplicación de los Convenios Internacionales de Trabajo en la jurisprudencia uruguaya", en *Derecho Laboral*, núm. 244 (<https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL>)

alzada²⁵ empezó a aplicar la Recomendación 198 de OIT como guía en la solución de la calificación jurídica de vínculos que comprometían trabajo humano en cualquier área y no solo entre familiares.

En Uruguay se relevan casos resueltos por la jurisprudencia que refieren a demandas de personas unidas por vínculos de consanguinidad o afinidad. En la medida que, como se ha dicho, no existen materiales normativos de tipo alguno que definan la relación de trabajo ni que la marginen entre familiares ni argumentos que sostengan la presunción de laboralidad cuando una persona trabaja, la jurisprudencia investiga y resuelve guiada por determinados cánones: en cuanto a los hechos y su prueba, por un lado, no se plantean restricciones a los medios, pero en general se carga todo su peso al accionante. En cuanto al derecho aplicable, se relevan dos tendencias. Una, la jurisprudencia que prioriza los lineamientos de la Recomendación 198 de OIT, y otra, que no la elige material normativo y en su lugar acude a los desarrollos de la doctrina nacional.

En Uruguay existen cuatro Tribunales de Apelaciones de Trabajo con competencia en todo el país; dos de ellos representan la primera tendencia (los que corresponden a los turnos primero y tercero) y otros dos, que hacen lo propio con la segunda (los turnos segundo y cuarto)²⁶. De todos modos, subyace en las dos tendencias la idea de que el vínculo de parentesco, primero, por sí solo, no margina la posibilidad de que coexista con uno de trabajo, y, segundo, importa de regla una modalización o particularismo de la subordinación. O en términos de Alain Supiot, una “elastización de este criterio”²⁷.

Se relevan casos en los que se debate si existió relación de trabajo u otro tipo de vínculo entre esposos, concubinos, parejas de hecho, padres e hijos, hermanos, cuñados, e incluso entre vecinos relacionados

25 Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno, Sentencia 174/2009 (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>)

26 Resulta muy interesante advertir la autoridad que revela tener el análisis que Américo Plá Rodríguez realiza en su Curso de Derecho Laboral que la jurisprudencia cita y sigue con total apego y sin cuestionamientos, cual si se tratara de fuente legal. En efecto, la jurisprudencia que en casos en los que se debate la naturaleza del vínculo jurídico que compromete trabajo solo motiva las decisiones en la doctrina, invoca invariablemente los aportes del Profesor cuando califica la relación de trabajo a través de cuatro elementos típicos: la actividad personal, la subordinación, la continuidad y la onerosidad. (Curso de Derecho Laboral. Introducción al Derecho del Trabajo, vol. 1, t. I. Acali Editorial, Montevideo, 1976, p. 73 y ss., vol. I; t. II, Acali Editorial, Montevideo 1978, p. 13 y ss.)

27 <https://international.vlex.com/vid/transformaciones-trabajo-porvenir-derecho-855602200>

cuasifamiliarmente y todos los que se presentaron tienen en común que se trató de una relación totalmente informada²⁸.

Las Sentencias 190/2013 y 272/2019 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno y las Sentencias 22/2017 y 357/2018 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Tercer Turno analizan casos en los que se debatía si había existido relación de trabajo entre dos personas que al tiempo de los hechos vivían en concubinato. Esto es sin que hubiera declaración judicial. En todos los casos estaba admitido el trabajo como hecho en emprendimientos comerciales que ya existían y se aplicó el material normativo de la Recomendación 198 de OIT.

En el caso 190/2013 una señora demandó la condena de tres personas físicas en calidad de empleadores, expresando que luego de haber empezado a trabajar se había unido en pareja con una de ellas. La sentencia entendió probados los parámetros de inserción, dirección y ajenidad bajo la luz de la Recomendación 198 de OIT, excluyó a la pareja de la actora y admitió la relación de trabajo contra los otros dos codemandados y los condenó.

En el caso 272/2018 una señora demandó la condena de su expareja alegando haber sido empleada en el pequeño almacén que conducía. La Sala desestimó la demanda por cuanto entendió probado que la señora tenía otro trabajo por el que se valía del almacén por cuanto hacía comida para vender y obtenía ganancia propia. Si bien se admitió que realizaba tareas en el almacén, se entendió que eran a título de colaboración con su pareja.

La Sentencia 357/2018 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Tercer Turno toma como material normativo la Recomendación 198 de OIT. A su vez, esta y la Sentencia 22/2017 refieren al debate que habría sumado una relación de trabajo a la relación de pareja, aunque solo en el primer caso en un concubinato estable.

28 Entrando a la página web del Poder Judicial, se puede hallar una base de jurisprudencia llamada Base de Jurisprudencia Nacional que es pública y que ingresa y sistematiza a través de distintos buscadores, jurisprudencia emitida por todos los Tribunales de Apelaciones de todas las materias y de la Suprema Corte de Justicia (<https://www.poderjudicial.gub.uy/>).

En el caso resuelto por la Sentencia 22/2017, la actora sostuvo haber trabajado como peona especializada en un establecimiento rural para el demandado y este repelió la pretensión expresando que la contraria había omitido relatar dos hechos: uno, que habían sido amantes y, otro, que también habían sido socios, ya que cada uno era propietario de animales que estaban en el campo. La actora sostuvo que el demandado le pagaba y este indicó que lo que le pagaba era el reparto de las ganancias. La Sala, si bien, por un lado, reprochó a la actora haber omitido indicar que tenía una relación de pareja con el demandado al tiempo de los hechos, relevó que tal proceder podía justificarse mediante el ejercicio del derecho a la privacidad y decoro sumado a que la condición de pareja no era excluyente de la posibilidad de trabar, además, una relación de trabajo. La Sala privilegió la credibilidad del testimonio de personas que dijeron que habían trabajado en el mismo establecimiento rural, y destacó que la condición de propietaria de algunos animales que vivían en el campo y que ella cuidaba no descartaba la posibilidad de que se sumara una relación de trabajo a la relación afectiva. Destacó también que estando a lo que comúnmente acontece, es habitual que el empleador autorice al trabajador a colocar animales de su propiedad en el establecimiento rural en el que trabaja.

La Sentencia 357/2018 resolvió un diferendo planteado por una señora que dijo haber trabajado como vendedora en la barraca de los dos codemandados al ser uno de ellos su pareja. En dos instancias se desestimó la demanda con base en dos fundamentos principales: uno, que no se había reunido prueba de actos que dieran cuenta de la dirección del trabajo por parte de los codemandados ni siquiera el poder de hacerlo; otro, que, si bien la relación de pareja estable no obsta a que se le sume una relación de trabajo, de la mera presencia de la señora demandante en la barraca no se podía inferirse trabajo dependiente.

La Sentencia 51/2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Segundo Turno, resuelve el caso en el cual quien invoca la existencia de trabajo subordinado es la exconcubina del demandado, calificado como su empleador. La actora sostuvo que era empleada del demandado en el hotel, habiéndose desempeñado como gerenta y jefa de cocina por casi 9 años en carácter dependiente, durante las temporadas turísticas en períodos que van desde octubre hasta abril de cada año. El demandado alegó que la actora era su concubina.

La Sala consideró especialmente que la pretensión se insertaba en un conflicto familiar entre los partícipes del proceso, como daba cuenta el expediente agregado del que surgía, además, y el hecho indiciario de que el demandado en Sede Policial expresamente manifestó “no estar dispuesto a retirarse del domicilio, ya que allí se encuentra el hotel, del cual el dicente es propietario”.

La Sala entendió que el incuestionado vínculo de pareja explicaba que ella hubiera sido titular de una empresa unipersonal entre el 10/2011 y el 3/2012 (periodo anterior al reclamado) y presidenta del Directorio de la sociedad anónima que regenteaba el hotel de 2014 a 2016 cuando, según había dicho, trabajaba para el demandado. Agregó que el vínculo familiar con el demandado y director del hotel, a su vez explicaba que la línea demarcatoria de la subordinación fuera más delgada. Explicó que la demostración de la integración de la actora en la estructura organizativa de la empresa, lo que se deducía no solo de su dependencia personal, sino también de la dependencia personal de otros sujetos hacia ella, y su especial condición de concubina del director de la sociedad anónima, además de trabajadora, determinaban que el clásico concepto de “subordinación” como distintivo del contrato de trabajo, se viera atenuado por el de “inserción” en la organización de la empresa.

La Sentencia 217/2013 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Segundo Turno trata de un caso en que la actora y la codemandada eran hermanas y la primera alegaba haber trabajado para la segunda en el cuidado de sus hijos.

Las partes no presentaron discrepancias en cuanto a la actividad alegada –el cuidado de los niños–, pero el Tribunal entendió no probados otros hechos que permitieran descartar las causas de colaboración recíproca entre hermanas. Entendió probado y relevante que las dos hermanas se cuidaban a los hijos recíprocamente, convivían y la demandada entregaba a la actora *tickets* de alimentación.

La Sentencia 282/2019 del Tribunal de Apelaciones de Cuarto Turno falla sobre un caso que se suscitó a raíz de la actividad de una carnicería. El accionante, hijo de uno de los codemandados sindicados como empleadores, demandó la condena de todos argumentando que había

trabajado de forma dependiente como ayudante de cajero. En la causa se entendió probado el trabajo como hecho y también que el accionante ejercía ciertas funciones de dirección y control. Si bien la Sala confirmó la sentencia de primera instancia, que calificó el vínculo como relación de trabajo, reprochó seriamente al accionante la gravedad del proceder en cuanto a que no había relatado la relación de parentesco con uno de los codemandados, aunque no expresó que habría variado la decisión o al menos los fundamentos en caso de no haber ocurrido la omisión.

La Sentencia 270/2018 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Cuarto Turno revocó la de primera instancia que había entendido que no se relevaba prueba de la relación de trabajo en el caso del accionante que dijo haber trabajado en el taller de su excuñado y padre de sus tres sobrinos.

En cuanto a los hechos invocados, la parte demandada, además de destacar la relación de afinidad, agregó el hecho consistente en que el actor había estado privado de libertad y al recuperarla, y como no tenía trabajo ni donde vivir, le había satisfecho la necesidad de vivienda y al no tener ocupación frecuentaba el taller. Pero la Sala de Alzada revaloró la prueba testimonial y concluyó que se habían probado hechos relevantes, como que la presencia del actor en el taller no solo obedecía a la relación familiar y de amistad que el propio actor reconoció en su declaración de parte, sino también a las actividades que realizaba propias del giro del taller, ya que los testigos lo habían visto soldando y realizando otras tareas. Agregó la Sala que en función de ello el dinero que el demandado admitió que le proporcionaba no era una ayuda económica que contemplaba su situación de vulnerabilidad, sino la contraprestación por el trabajo. Finalmente, valoró que la actividad laboral del actor se había ejecutado en la total informalidad y, por ende, indocumentada y sin derechos de seguridad social.

La Sentencia 199/2017 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno da cuenta de un caso entre dos personas unidas por una relación cuasifamiliar. El debate se planteó entre el trabajo dependiente como limpiador –relatado por el accionante– y tareas desempeñadas como trabajo benévolo realizado debido al vínculo de buena vecindad, entre las partes y también con la comunidad religiosa Presencia de Dios

Uruguay y la vida carenciada que llevaba el accionante y su familia. La Sala buscó en la prueba hechos indicadores de relación laboral bajo la lupa de la Recomendación 198 de OIT. Entendió probados los siguientes hechos: la demandada integraba la comunidad religiosa del barrio donde habitaba y también lo hacía el accionante con su familia; el hijo del accionante había vivido en el domicilio de la demandada durante dos meses debido a desavenencias con su padre, el accionante era visto muy frecuentemente tomando mate en el domicilio de la demandada y esta, en múltiples ocasiones, le había proporcionado al actor y a miembros de su familia ropa, comida, dinero, respaldo y continencia según declaró el accionante al ser interrogado en el trámite de primera instancia; el accionante había sido visto limpiando vidrios en el domicilio de la demandada y en la iglesia. La Sala valoró que, si bien había existido trabajo, la causa razonable de este obedecía a la relación de buena vecindad y reciprocidad en el apoyo que la demandada y la comunidad religiosa habían prestado al accionante y también a su familia.

Finalmente, resulta interesante citar un caso que se tramitó en dos instancias y llegó a casación ante el máximo órgano del sistema judicial de Uruguay. Su interés obedece a dos razones: una, la peculiaridad del vínculo y, otra, uno de los fundamentos sustentados por la sentencia de casación. Una señora demandó a un club de fútbol del interior alegando haber trabajado durante más de veinte años en tareas en su beneficio directo. La sentencia de segunda instancia y la dictada por la Suprema Corte de Justicia entendieron probados los siguientes hechos: el club deportivo demandado había sido empleador del esposo de la accionante durante más de veinte años, retribuyéndolo con el salario correspondiente a la categoría de "canchero". Esta categoría –según laudo del respectivo consejo de salarios– involucraba tarea de cuidado, mantenimiento y demarcado de las canchas de fútbol. El esposo de la accionante realizaba estas tareas, pero ella, durante los mismos años, se había ocupado de lavar toda la ropa deportiva de todas las divisionales, utilizando los insumos que el club costeara que incluían agua y luz eléctrica que, además, eran utilizados para la vida familiar del matrimonio y los hijos que residían en una dependencia del club; fallecido el esposo de la señora, el club exigió a la accionante el abandono de la vivienda y, cuando la accionante dejó de lavar toda la indumentaria deportiva, el club primero recurrió a una hinchada para sustituirla, pero muy poco

después contrató el servicio de lavado a otra persona. El tribunal de primer grado no estimó la demanda con fundamento en que no se relevaba prueba de que el club le impartiera órdenes a la accionante y ni que su actividad hubiera sido remunerada. La Sala de segunda instancia bajo la guía de la Recomendación 198, dictó la Sentencia 530/2011, valorando especialmente que el club necesitaba de la tarea de lavado de ropa, esta formaba parte de la organización de su cometido principal, que era el desarrollo de la actividad deportiva relacionada con el fútbol de niños, adolescentes y mayores, debía descartarse el trabajo como cónyuge colaboradora en tanto la tarea de lavado excedía la que el club podía exigirle a su esposo y el club se hacía cargo de los insumos fijos que implicaba toda la tarea. Sobre la base de estos indicadores, revocó la sentencia y, declarando la existencia de relación de trabajo, amparó la pretensión de condena por los rubros laborales. Finalmente, la sentencia dictada en casación 645/2012 por la Suprema Corte de Justicia entendió probados los mismos hechos y compartió la fundamentación agregando que si bien no se había probado la subordinación, los restantes indicadores –trabajo personal y ajenidad– a pesar de nunca haber sido remunerado, permitían calificar el vínculo como una relación de trabajo sin subordinación en el entendido de que este elemento no resulta excluyente.

2.5. Un material normativo transversal: diálogo entre las Recomendaciones 198 y 204 de OIT

El ordenamiento jurídico internacional no es una cuestión estática, sino una actividad, una realidad dinámica que consiste no solo en una serie de normas o enunciados de diversos tipos que guardan regularidad formal por su centro de producción, sino también está conformado por la práctica social compleja, que incluye, además, normas, procedimientos, valores, acciones y agentes²⁹. Esta realidad dinámica, siempre en construcción, se compone de reglas, principios que operan como reglas y principios ético-políticos. En consecuencia, el valor jurídico de cada uno de sus componentes no depende únicamente de aspectos formales, sino también sustantivos que dimanen justamente de los principios ético-políticos que una determinada comunidad humana ha hecho suyos. Esta idea

²⁹ Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*. Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2003. Distribuciones Fontamara. México, 2005, p. 125.

trasladada al derecho de los derechos humanos y en él a su componente, el derecho internacional del trabajo, permite inferir que se nutre no solo de los instrumentos internacionales –universales y regionales– sujetos a ratificación, sino también de otros que encuentran su fuerza vinculante en el *ius cogens*³⁰, y aun en otras fuentes como la jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como los pronunciamientos de los órganos especializados, como el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones.

Atento a los objetivos fundacionales de la OIT, la producción normativa, entre la que se incluyen las recomendaciones, constituye instrumento de realización de los derechos humanos laborales.

En tanto instrumentos normativos, los convenios y las recomendaciones de OIT presentan algunos aspectos comunes y otros diversos. Las recomendaciones salen a la vida jurídica (vigencia objetiva) con la aprobación de los dos tercios de los votos de los delegados presentes en la Conferencia, al igual que los convenios internacionales de trabajo (artículo 19, número 2 de la Constitución de la OIT) y deben ser sometidas a la autoridad de cada país miembro a los efectos de darle forma de ley o para adoptar otras medidas (artículo 19, número 6, literal b)³¹.³² Al igual que en el caso de los convenios, los miembros deben informar

30 El concepto de *ius cogens* surge del art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados como “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”. Ejemplo de ello son la Declaración Americana de Derechos Humanos de abril de 1948 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre del mismo año.

Ermida Uriarte expresa que el *ius cogens* o normas de orden público internacional constituyen el corazón del sistema jurídico de los derechos humanos y señala seis notas caracterizantes: a) obligan a todos los Estados, independiente de ratificaciones o cualquier otra forma de reconocimiento nacional; b) tienen efecto *erga omnes*, en cuanto no se dirigen solo a los gobiernos, sino también a los individuos; c) pueden ser reclamados por cualquier persona o Estado, aun al margen de todo vínculo convencional o ratificación; d) son universales y no internacionales en el sentido tradicional de esta expresión; e) poseen multiplicidad de fuentes. Oscar Ermida Uriarte, “La declaración sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial” en *Temas prácticos de derecho laboral 2*, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2001, p. 55.

31 La obligación de sumisión respecto de los convenios internacionales de trabajo tiene otro contenido en tanto refiere a la posibilidad de su ratificación.

32 Xavier Beaudonet, “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha”, en *Derecho Laboral*, núm. 238, p. 245, Montevideo, abril-junio 2010; Héctor Hugo Barbagelata, *Derecho del Trabajo*, t. I, vol. 1, p. 201, 3.ª ed., Montevideo, 2002; *Rev. Judicatura*, núm. 45, p. 62; Oscar Ermida Uriarte, “Aplicação das normas internacionais do trabalho”, en *Revista do Advogado*, núm. 110, p. 137, São Paulo, 2010.

al director general sobre las medidas adoptadas con fundamento en la recomendación, así como el estado de la legislación y la práctica en cuanto a los asuntos tratados. También debe informar acerca de las modificaciones que se considere necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas. Esto debe incluirse en los informes que deben presentar los Estados como parte del sistema de control de cumplimiento de la Organización.

La propia OIT ha dicho: “las recomendaciones internacionales del trabajo no constituyen instrumentos jurídicos obligatorios y, por lo tanto, no son objeto de ratificación. Al aprobar una recomendación, la Conferencia no pretende obligar a los Estados miembros a que respeten su contenido, sino más bien a proponer directrices que les puedan guiar en la regulación de las relaciones laborales y en el desarrollo de su política social”³³. Por esto, se considera que constituyen una especie de *soft law*, de manera que pueden ser utilizados para interpretar y complementar las normas vinculantes existentes, al contener principios con los cuales se pueden llegar a integrar las decisiones judiciales acerca de la materia. Cuentan con un carácter orientador, útil para aclarar o dar pautas para interpretar la normativa laboral, especialmente las recomendaciones que se refieren a algún convenio en específico. La OIT las da a conocer como directrices no vinculantes e indica que, en ciertos casos, un convenio establece principios básicos y una recomendación relacionada lo complementa al dar directrices más detalladas.

El valor jurídico de las recomendaciones se infiere de un conjunto de aspectos. Primero, por su contenido nutren el derecho de los derechos humanos laborales, contribuyen en la construcción de estándares de interpretación aplicativa de otros instrumentos internacionales y del derecho interno o doméstico de cada uno de los Estados.

Si bien la recomendación no genera la misma responsabilidad internacional que los convenios internacionales de trabajo, provoca efectos en la interpretación del contenido de los derechos humanos

33 Centro Internacional de Formación de la OIT. *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Organización Internacional del Trabajo, Turín, Italia, 2009, p. 48.

laborales a la luz del principio de progresividad de modo similar a los instrumentos internacionales que reconocen y garantizan derechos humanos y no requieren ratificación³⁴.

Segundo. Esta condición, además, la transforma en instrumento válido de integración del principio que promete la protección del trabajo humano, que surge como principio fundador de la OIT cuando en el ordenamiento doméstico no existe regulación normativa.

Las recomendaciones, como fuentes de la producción normativa de la OIT, algunas veces se presentan como fuente independiente y otras acompañan a convenios internacionales. Las Recomendaciones 198 sobre determinación de la relación de trabajo y 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, constituyen instrumentos independientes de un convenio internacional concreto. Asimismo, son fuente material del derecho de los derechos humanos laborales transversal, en tanto ofrecen un potente recurso argumentativo tanto para interpretar el derecho interno como para integrarlo, y, en atención a su proceso institucional de creación, representan el sentir de la comunidad internacional³⁵. Por otra parte, cabe compartir la idea de que los dos instrumentos se encuentran íntimamente ligados en la medida que la transición de la economía informal a la economía formal encuentra su hilo conductor en la relación de trabajo³⁶.

34 Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>).

35 Xavier Beaudonet, "La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha", en *Derecho Laboral*, núm. 238, p. 245, Montevideo, abril-junio 2010; Héctor Hugo Barbagelata, *Derecho del Trabajo*, t. I, vol. 1, p. 201, 3.a ed., Montevideo, 2002; *Rev. Judicatura*, núm. 45, p. 62; Oscar Ermida Uriarte, "Aplicação das normas internacionais do trabalho", en *Revista do Advogado*, núm. 110, p. 137, Sao Paulo, 2010; Hugo Barretto Ghione, "Las normas internacionales como factor de renovación del derecho del trabajo sustantivo y procesal", en *Rev. de la Facultad de Derecho*, núm. 31, en homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte, p. 67.

36 Humberto Villasmil, especialista de OIT, planteó la idea de que "en el debate sobre el futuro del trabajo quizás se esté descuidando el debate sobre el presente y desde luego el pasado. Lo que vincula al presente con el pasado y el futuro es la relación de trabajo. El tránsito de la informalidad a la formalidad por la vía del hilo conductor de la relación de trabajo está en el núcleo de la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la formal" Curso sobre "La relación de trabajo en las normas internacionales de trabajo" julio de 2020, impartido por la OIT con la participación de Humberto Villasmil en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, que es la institución del Poder Judicial que forma a los aspirantes a jueces y a los jueces.

2.5.1. La recomendación 198 de OIT

Los casos en los que se abre la duda acerca de la naturaleza de un vínculo jurídico que compromete el trabajo de una persona, ponen en tela juicio la aplicación del propio derecho del trabajo tanto en su dimensión doméstica —es decir, en las fronteras de los ordenamientos jurídicos— como en su condición de componente del derecho de los derechos humanos por cuanto al menos, hasta el presente, se ha consensuado la idea de que el ámbito de mayor protección recalca en la relación de trabajo.

En efecto, esta suerte de consenso universal puede inferirse de dos recientes instrumentos internacionales en torno al trabajo de la persona humana: Uno, el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo que reconoce expresamente que “[L]as relaciones de trabajo siguen siendo la piedra angular de la protección laboral”³⁷, y, otro, la *Declaración del Centenario de la OIT* (2019), adoptada para marcar una hoja de ruta para la acción de la OIT en su segundo siglo de vida dando respuesta a esos retos en el marco de la conmemoración de los 100 años transcurridos desde la fundación de la OIT en la 108.^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 2019. Este reciente instrumento, fortalece el posicionamiento de la institución “relación de trabajo” como el ámbito jurídico que compromete trabajo con mayor tutela de la persona. En el párrafo III. B dice lo siguiente: “El fortalecimiento de las instituciones del trabajo a fin de ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores y la reafirmación de *la continua pertinencia de la relación de trabajo como medio para proporcionar seguridad*

37 Para la celebración de los cien años, la OIT conformó una comisión de expertos que denominó Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo con el propósito de examinar cómo lograr un mejor futuro de trabajo para todos en un momento en que se experimentan cambios sin precedentes y grandes desafíos en el mundo del trabajo. El documento se publicó el 19 de enero de 2019 y se tituló *Comisión Mundial para el futuro del trabajo: Trabajar para un futuro más prometedor*. Sobre la base del diagnóstico de las profundas y aceleradas transformaciones en el mundo del trabajo, tuvo por objetivo mediato *aprovechar las posibilidades que nos brindan estas transformaciones profundas para crear un futuro más prometedor y conseguir seguridad económica, igualdad de oportunidades y justicia social, así como, en última instancia, reforzar nuestro tejido social*. La Comisión planteó un programa centrado en las personas sobre tres ejes para la acción: el aumento de la inversión en las capacidades de las personas, de la inversión en las instituciones del trabajo (garantía laboral universal; garantía de derechos fundamentales del trabajo con independencia de la forma contractual; salario vital adecuado; límites máximos respecto a las horas de trabajo; protección en relación con la seguridad y la salud en el trabajo) y de la inversión en trabajo decente y sostenible (https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_569909/lang-es/index.htm).

y protección jurídica a los trabajadores, reconociendo el alcance de la informalidad y la necesidad de emprender acciones efectivas para lograr la transición a la formalidad”^{38,39}.

En el ámbito doméstico, puede observarse que los ordenamientos jurídicos, a partir de la consideración binaria originaria de las modalidades de prestar trabajo –dependiente y autónomo– y ante la preocupación por todas aquellas situaciones que a pesar de involucrar trabajo podrían quedar marginadas del derecho del trabajo, han ensayado soluciones. Estas soluciones han transitado, por lo menos en dos sentidos. Uno, favorecer o facilitar la determinación del vínculo a través de la consagración de una presunción legal⁴⁰, otro, ensanchar el ámbito de aplicación de la disciplina de modo que abarque, aunque admitiendo diversos alcances, otros tipos de involucramiento de trabajo que no impliquen necesariamente subordinación jurídica⁴¹.

38 <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang-es/index.htm>

39 En base a este aspecto de la Declaración, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en su *Estudio General 2019* expresa que “[...] el cambio acelerado del mercado laboral en particular debido a factores como la globalización, la digitalización y otras innovaciones tecnológicas, está dando origen a formas de trabajo nuevas que no encajan necesariamente en la noción tradicional de relación de trabajo”. Alienta entonces a considerar la evolución del concepto de relación de trabajo que abarca situaciones que difieren del tradicional (https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/109/reports/reports-to-the-conference/WCMS_738283/lang-es/index.htm).

40 Pueden relevarse varios ordenamientos jurídicos que han legislado sobre la presunción (relativa) de laboralidad del vínculo y, por ende, su regulación al amparo del Derecho del Trabajo. En tal sentido, tempranamente el francés, como da cuenta Javillier para los trabajadores a domicilio, los viajantes, representantes y corredores de plaza en determinadas condiciones, los artistas y modelos y las asistentes maternas (*Derecho del Trabajo*. Trad. Española, Madrid 1982 p. 74, citado por Oscar Ermida Uriarte. “El concepto de subordinación o dependencia en el derecho laboral y la seguridad social”, en *Rev. de Derecho Tributario*, núm. 52, t. X, p. 12. También en el art. 69 del Código de Trabajo de Panamá; el art. 31 de la Ley Española de Contrato de Trabajo; el art. 21 de la Ley Federal del Trabajo de México; el art. 18 del Código de Trabajo de Costa Rica; el art. 15 del Código de Trabajo de la República Dominicana; el art. 15 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina; el art. 65 de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela; el art. 21 del Código de Trabajo de Honduras; el art. 20 del Código de Trabajo de El Salvador; el art. 24 del Código de Trabajo de Colombia, el art. 19 del Código de Trabajo de Paraguay (Humberto Villasmil Prieto, “La recomendación n. 198 de OIT sobre la relación de trabajo (2006) desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo”; Sidnei Machado, *A nociao de subordinacao juridica. Uma perspectiva reconstrutiva*, Ed. LTR Sao Paulo, 2009, p. 94). Más recientemente en Perú a través del art. 23.2 de la Ley 26.636 vigente desde el 15 de julio de 2010 indica que “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. Esta innovación revolucionó el sistema probatorio por cuanto antes el trabajador debía demostrar que sus servicios habían sido de manera subordinada (César Puntriano Rosas. Academia de la Magistratura del Perú, nov 2010; Wilfredo Sanguinetti Raymond, “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del derecho del trabajo en Perú” en *Laborem*, núm. 3, 2003, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).

41 Como es el caso de los “parasubordinados” en Italia a través de la Ley 544 de 1973 y del art. 409, núm. 3 del Código de Procedimiento Civil, que apuntan a relaciones de colaboración que se

En el ámbito del derecho internacional del trabajo, la Recomendación 198 de OIT sobre determinación de la relación de trabajo viene a proporcionar un nuevo modelo normativo consensuado entre los actores sociales del ámbito de la construcción del derecho en la OIT, a efectos de calificar el vínculo jurídico que compromete trabajo humano⁴². Este modelo presenta una caja de herramientas de tres tipos: herramienta-premisas de análisis, herramienta-política y herramienta-indicadores.

En cuanto a la *herramienta-premisas*, como marco de análisis, indica la protección de los trabajadores y constituye la esencia del mandato de la OIT, de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, según declaración de 1998, y del Programa de Trabajo Decente; habitualmente la desigualdad a la hora de la negociación de las partes “en torno a la creación de un vínculo jurídico que comprometa trabajo. Esa desigualdad crea el riesgo de que “los acuerdos pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho”; también, habitualmente, la determinación de la existencia de una relación de trabajo presenta dificultades: la necesidad inexorable de lograr la eficacia real de las normas jurídicas protectoras a través de la accesibilidad a dicha protección.

La trascendencia de estas premisas radica en que operan como marco de interpretación de los hechos, especialmente de los ocurridos en la etapa de ejecución del vínculo, a los que debe prestarse particular atención.

En cuanto a la *herramienta-política*, recomienda a los Estados que en consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores determinen: la definición legal de la protección de acuerdo a las normas internacionales de trabajo y a las prácticas de cada país, la lucha contra las relaciones de trabajo encubiertas, la garantía de

concretan a través de una prestación de trabajo continuado y coordinado de naturaleza personal, aunque no esté caracterizada de subordinación (citado por Sidnei Machado, *op. cit.*, p. 89, en versión traducida por esta autora). También, Martha Márquez y Pilar Beñarán, “Trabajadores parasubordinados” en *Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, FCU, agosto 2000, p. 253; Juan Raso Delgue, *La contratación atípica del trabajo*. FCU, 2.ª edición, p. 58.

42 Rosina Rossi, “La determinación de la relación de trabajo. La Recomendación n. 198 de OIT y su impacto en la jurisprudencia uruguaya”, en *Direito das Relacoes Sociais e Trabalhistas*, vol. 1, núm. 1, 2015.

acceso efectivo a mecanismos y procedimientos poco onerosos y justos, con amplitud en la admisión de medios de prueba, a cargo de tribunales de trabajo o instancias para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de la relación de trabajo, la especial tutela de género y otros sectores vulnerables, como los migrantes, y los contratados en un país para trabajar en otro, y el examen periódico de las políticas⁴³.

En cuanto a la *herramienta para la determinación de la relación de trabajo en situaciones de duda*, recomienda a los Estados dos vías: una, la previsión de una presunción legal de calificación como relación de trabajo⁴⁴, y, otra, la definición con claridad de los hechos que pueden ser considerados indicadores de una relación de trabajo, como, por ejemplo, la subordinación o la dependencia, priorizando los ocurridos en la etapa de ejecución y con independencia del rótulo que se le hubiera asignado al vínculo. Indica que entre los indicadores podrían considerarse los siguientes: el hecho de que el trabajo se realice para la supervisión o control de otra persona; la integración del trabajador a la organización de la empresa; el beneficio del trabajo única o principalmente respecto de otra persona; la ejecución personal del trabajo, en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; la realización del trabajo con cierta duración y continuidad; la disponibilidad del trabajador; el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por la persona que requiere el trabajo; la remuneración periódica y que esta constituya la única o principal fuente de ingresos; el pago de beneficios como la alimentación, vivienda, transporte; el reconocimiento del descanso semanal y vacaciones anuales; el pago por parte del beneficiario de los viajes que ha de emprender el trabajador para realizar el trabajo, y la ausencia de riesgos financieros para quien realiza el trabajo.

43 Yone Frediani, "Traalho dos inmigrantes", en esta misma obra.

44 Presunción *iuris tantum* de la naturaleza laboral de toda prestación personal de servicios. Art. 23 de la Ley del Contrato de Trabajo (Argentina), art. 8 del Código del Trabajo (Chile), art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), art. 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), art. 20 del Código de Trabajo (El Salvador), art. 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (España), art. 21 de la Ley Federal del Trabajo (México), art. 66 del Código de Trabajo (Panamá), art. 19 del Código del Trabajo (Paraguay), art. 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Perú), art. 12 del Código de Trabajo (Portugal), art. 15 del Código de Trabajo (República Dominicana) y art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

2.5.2. La recomendación 204 de OIT

A la hora de elaborar esta parte del ensayo sobre el trabajo realizado por una persona con la familia, cobra relevancia plantear un diálogo entre la Recomendación 198 y la 204 de OIT⁴⁵, esta última relativa a la transición de la economía informal a la economía formal por cuanto sitúa el trabajo entre los miembros de la familia como un ámbito propicio o que favorece la informalidad. Sea que se trate de una empresa familiar o de pequeñas unidades económicas familiares o una persona que trabaja por cuenta propia y miembros de la familia cumplen un rol auxiliar (artículos 3b y 4b).

La Recomendación 204 hace un llamado de atención a los Estados en el diagnóstico sobre las personas y los marcos más propicios para el desarrollo de la economía informal, que por ello ven obstaculizado el acceso al trabajo decente.

Desde la perspectiva del trabajo de una persona en beneficio –total o mayoritario– de uno o varios miembros de la familia, el riesgo de la informalidad a su vez pone en riesgo sus condiciones de trabajo. Pero, además, y peor aún, el marco del trabajo familiar determina graves dificultades para la visualización del problema.

3. La utilidad del análisis en diálogo de las Recomendaciones 198 y 204 de OIT

La consideración de las dos recomendaciones en diálogo aporta un marco de análisis a las instituciones que deben controlar la eficacia de la tutela. Especialmente, a la labor de la justicia y de la inspección general del trabajo tanto para la investigación sobre los hechos como para la calificación y respuesta.

En efecto, siendo el punto de partida el diagnóstico de que el trabajo entre miembros de la familia propicia la informalidad (Recomendación 204) tanto la etapa de investigación de los hechos relativos a ese vínculo que involucra trabajo como su calificación y encuadramiento en uno

45 Adoptada el 13 de junio de 2015.

o varios de los que se consideran indicadores (Recomendación 198), requiere la garantía de que existan *procedimientos de accesos efectivo, justo y eficaz para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo.*

Ello importa una labor técnica especial. En la etapa de investigación, a) la puesta en funcionamiento de una acción inquisitiva incisiva, profunda y creativa; b) con facultades de activismo para utilizar una amplia gama de herramientas, o como expresa la Recomendación 198 “amplia variedad de medios [...]”, y c) que haga gravitar a la hora de determinar el estándar⁴⁶ de prueba, las dificultades de acceso a ella que puede enfrentar quien presta trabajo para un miembro de su familia.

En la etapa de diagnóstico, que el operador en labor quirúrgica halle caso a caso la frontera entre la relación de colaboración típica entre miembros de la familia y la relación de trabajo. Para ello deberá considerar especialmente tanto el marco propicio para la empresa de economía informal, que puede implicar la familia, así como la relación afectiva que subyacente, adecuando los indicadores generales a lo que podría ser un acortamiento de la distancia de poder entre quien trabaja y quien se beneficia –total o mayoritariamente– de tal trabajo. Estando a lo que normalmente acontece, un vínculo laboral que se erige sobre un vínculo familiar ya nace distinto y, muy probablemente, se ejecute también de manera especial. Este componente afectivo-familiar, marco de un vínculo jurídico laboral, de regla opera dificultando la calificación. De allí la especial utilidad de los indicadores de la Recomendación 198 de OIT, sea para interpretar el derecho doméstico o para integrarlo en caso de vacío, pero con la prevención de que la relación afectiva subyacente podría irrogarles modalidades diversas. Muy probablemente, el tejido argumental sobre los hechos y su función de indicadores requiera un análisis profundo, puntual, pero al tiempo contextual y conjunto, bajo la

46 Cabe aclarar que el estándar de prueba alude al grado de exigencia de la prueba para poder concluir que la ocurrencia de un hecho –en debate– ha sido probado. La determinación de un estándar bajo de prueba constituye una herramienta de tutela procesal que se emplea para considerar especialmente las dificultades de acceso que puede enfrentar una persona que se encuentra en estado de vulnerabilidad. Otras herramientas con el mismo propósito son las presunciones y la inversión de la carga de la prueba. Esta es la razón por la cual la Recomendación 198 sugiere a los Estados el reconocimiento de una presunción sobre la existencia de relación de trabajo cuando una persona trabaja –total o principalmente– para otra. En otros casos de especial vulnerabilidad las Normas Internacionales de Trabajo han utilizado la herramienta de la inversión de la carga de la prueba, como, por ejemplo, la Recomendación 143 sobre representantes de trabajadores y la Recomendación 206 sobre violencia y acoso.

guía de la realidad sobre las formas. Tanto la búsqueda de los indicadores como la adecuación de estos a los hechos, deberá modalizarse en el marco de un probable acortamiento de las típicas distancias entre trabajador y empleador que le reporte la subyacencia de la relación de afectividad. En este sentido, por ejemplo, la gobernanza, la supervisión y el control es razonable que se muestren atemperados o que al menos no se visibilicen sencillamente, bastando que exista el poder de controlar, aunque este no llegue a actuarse. En sentido similar, la retribución y la inserción en la organización pueden presentarse de manera equívoca y diluida en el vínculo familiar. Lo propio respecto de la ajenidad en tanto la relación afectiva puede llegar a fundir los patrimonios de las personas. Debido a ello, habrá de considerarse que, en vez de plantearse los hechos indicadores en forma total, ocurran en forma preponderante únicamente⁴⁷.

4. Luces y sombras del trabajo con la familia desde la mirada del trabajo decente

Reflexionar sobre las luces y las sombras se explica por las ambigüedades que presenta el trabajo familiar, como fue planteado al inicio de esta investigación.

Ninguno de los ordenamientos jurídicos visitados prohíbe el trabajo entre miembros de la familia, a lo sumo como en el caso argentino y por efecto de antinomias, restringen sus tutelas⁴⁸.

La evaluación del trabajo entre miembros de la familia desde la mirada del trabajo decente importa la especial consideración del desenvolvimiento de los derechos. Esto es, partiendo de los derechos que hacen el modelo de trabajo decente, convocan reflexionar cómo se comportan en su dinámica de goce o ejercicio.

47 El análisis casuístico será esencial. Sin perjuicio de ello podrán plantearse casos menos grises, como, por ejemplo, cuando primero nace la relación de trabajo y a ella se le agrega la relación marital o de pareja.

48 Como se vio, por un lado, la Ley de Contrato de Trabajo y, por otro, la reciente reforma del Código Civil.

El eventual problema no se ubica en el plano del reconocimiento de los derechos, sino en su efectiva garantía de goce. A su vez, no porque no tengan institucionalmente reconocido un sistema de garantías, sino porque puede ocurrir que quien trabaja siquiera visualice que precisa de ellas.

A su vez, pretender una evaluación general u objetiva, importa ingresar en un terreno de penumbra, que no siempre se aclara cuando se ingresa en la casuística.

De todos modos, y aun asumiendo este riesgo, y pretendiendo una evaluación desde el estándar del trabajo decente, se relevan algunos aspectos que ostensiblemente pueden ubicarse o bien en el terreno de las luces del trabajo entre miembros de una familia o bien en el de las sombras.

4.1. Luces

4.1.1. El acortamiento de las distancias que provoca el poder desigual

En una relación de trabajo típica, la diferencia de poder entre los sujetos, que provoca distancias e intereses básicamente contrapuestos, es vista como un fenómeno natural que el derecho se ocupa de controlar a través de un sistema de reglas y principios que podrían diagramarse como círculos concéntricos: el derecho de los derechos humanos laborales, el derecho del contrato de trabajo.

Cuando la relación afectiva y la laboral se entrelazan, esta última tiende a salir del terreno de la tipicidad, no porque desaparezca la relación de poder, sino porque se presenta y comporta de manera diversa. Así, también se modifican las distancias que provoca el poder y la contraposición de intereses. Este fenómeno puede darse cuando la relación afectiva previene en el tiempo a la laboral o cuando esta de algún modo propicia la construcción del vínculo afectivo.

La relación afectiva puede llegar a teñir una buena parte de los componentes de la relación de trabajo, que en un lenguaje no técnico es posible identificar como el marco: el compromiso y la

colaboración, la comunicación, la tolerancia, la empatía, la protección ante riesgos, hasta el interés por la transmisión del conocimiento profesional o el *know how* de la tarea.

4.1.2. Trabajo de los miembros de la familia que se inician en la vida laboral

Ese mismo marco de trabajo, puede ser un reducto apropiado para el inicio de la actividad laboral de los más jóvenes, justamente porque esa combinación entre trabajo y afecto aporta ingredientes, como el interés formativo preponderante, un especial cuidado ante los riesgos que puede provocar la tarea y tolerancia. Desde esta perspectiva el trabajo con la familia puede plantearse como una opción de primera experiencia laboral menos rígida y fría que la de salida al mercado. Esto es, como opción de primer empleo. Incluso como instrumento hábil para articular trabajo y estudio o formación.

4.1.3. Trabajo en coordinación con formación institucional (facilidades de trabajo y estudio)

Por esas mismas particularidades el trabajo familiar podría verse como una modalidad propicia para la formación dual de los miembros más jóvenes; esto es, trabajo con la familia al tiempo de formación profesional.

La OIT ha impulsado la formación profesional a través de varios instrumentos entre los que se destacan la Recomendación 195, el documento OIT sobre “El futuro de la formación profesional en América Latina y el Caribe” de 2017, y el Informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo realizado en 2019. Este indica la importancia del aprendizaje realizado en el lugar de trabajo puesto que “el crecimiento de la productividad entre países no radica en la educación formal, sino en las habilidades y conocimientos productivos aprendidos en el trabajo (—*know-how*’ o —aprender haciendo)”. Define el concepto de aprendizaje como “una modalidad estructurada de capacitación que combina la formación en un centro o escuela con la práctica y la formación en un lugar de trabajo. De allí que cuando el trabajo se lleva a cabo con un miembro de la familia o con la familia, debido a las peculiaridades enunciadas que le aporta la subyacencia de la relación afectiva, puede verse propicio para la formación dual.

4.1.4. Compatibilidad con las responsabilidades familiares

La relación de trabajo familiar se construye sobre un tejido de vínculos familiares y laborales. Este tejido combina hilos puros de familia e hilos puros laborales, logrando un entramado especial fruto de la gravitación de la solidaridad y el interés común, que lo hacen de particular resistencia. En este orden, el doble enlace de afecto y trabajo puede ser propicio para una organización laboral flexible que compatibilice la actividad productiva y responsabilidades familiares —tanto hijos como padres— y que en cascada provoque el mantenimiento de las personas en el trabajo⁴⁹. Incluso las políticas de estímulo de trabajo con la familia pueden constituir una forma de reducir el conflicto entre trabajo y vida familiar, y luchar contra la discriminación debida a las responsabilidades familiares⁵⁰.

4.2. Sombras

Las sombras se ubican en el plano de los riesgos de informalidad que el trabajo familiar reporta. El enlace entre los vínculos familiares y laborales y la natural privacidad que caracteriza a los primeros, así como lo dinámico del fenómeno, se puede presentar como un factor de discriminación en el plano de los derechos, así como de riesgo para la realización efectiva de otros especialmente por déficit de su tutela externa. Es decir, un problema en el plano de los derechos y otro de las garantías.

4.2.1. El problema en el plano de los derechos

La relación familiar sumada a la relación de trabajo, bajo la óptica del modelo de trabajo decente y, por ende, con la mirada en los derechos básicos, mínimos e irrenunciables, permite el análisis en dos planos: uno, en el plano del desenvolvimiento del vínculo laboral sumado al afectivo en términos no conflictivos y otro, en estado conflictivo.

El problema crucial no se ubica en el terreno del reconocimiento de los derechos, sino que quien es titular de ellos por su condición de trabajador los visualice como propios y exigibles cuando se ejecuta la relación de trabajo con un miembro de la familia y en términos

49 Informe OIT (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_438278.pdf).

50 El objeto del CIT 156 y la Recomendación 165 consiste en garantizar que los trabajadores con responsabilidades familiares —sean mujeres u hombres— no se vean desfavorecidos con respecto a otros trabajadores y, en particular, que las mujeres con responsabilidades familiares no se vean perjudicadas con respecto a los hombres que también las tienen.

normales o no conflictivos. Justamente la simbiosis de los dos vínculos provoca penumbra en las fronteras entre la colaboración, el emprendimiento común y el trabajo mayoritariamente para o en beneficio del otro miembro de la familia y bajo su dirección, aunque presente diversos grados de control. El riesgo está en que la penumbra de las fronteras se derrame sobre los derechos y su exigibilidad, pero no porque su existencia esté en duda, sino porque el titular no los visualiza como propios y asequibles.

He aquí el riesgo de la informalidad, que puede naturalizarse con mayor o menor extensión como patología invisibilizada a la largo de la ejecución no conflictiva del vínculo laboral-familiar. En este orden, el desmoronamiento de derechos, como la limitación de la jornada, el descanso, la no discriminación, la limitación de edad para trabajar, el salario adecuado, las condiciones de higiene y seguridad, la protección básica habitualmente garantizada por la seguridad social ante las contingencias de enfermedad, accidente de trabajo, maternidad, desempleo, vejez. A ello se suma, que el reducto de trabajo con la familia muy probablemente no permita construir el autorreconocimiento de la condición de trabajador y con ello la conciencia de clase, alejando así la noción de titularidad de derechos de libertad sindical y en cascada, la visibilidad de la autotutela colectiva.

Ahora bien, cuando el vínculo se encuentra en una etapa conflictiva, es decir, porque quien presta el trabajo empieza a visibilizar su condición, el problema pasa al terreno de la realización de las garantías.

Otra hipótesis problemática consiste en que algunos vínculos jurídicos que nacieron como puro trabajo de la familia como unidad económica colectiva y con vínculo jurídico de hecho y horizontal entre sus integrantes, con comunidad de intereses y beneficio común, se pueden ir desdibujando en los hechos y sobre la marcha. De modo tal, que uno de los miembros de la familia de un mero liderazgo, natural quizás, llega a ocupar un rol de dirección, control y dominio, obteniendo una contrapartida especial y diversa a la de la familia, mientras que otros se reducen al sometimiento recreándose una relación más propia de trabajo por cuenta ajena que de unidad de

producción familiar. El concreto problema que se plantea en estos casos consiste en que se modifica la composición de algunos de los hilos que conforman el tejido. En estos casos, también puede distinguirse un estadio de acción no conflictivo y un conflictivo. En los dos estadios se reproducen los problemas ya señalados en cuanto a la visibilidad de los derechos y a la efectividad de las garantías.

Situación muy especial puede presentarse borroso el umbral entre las bondades de la primera experiencia laboral de un joven en un agradable ambiente familiar de trabajo y la explotación y al trabajo en condiciones de riesgo.

A su vez, la familia como unidad de producción puede alentar bajo el halo de la ausencia de control de la policía de trabajo, el trabajo de niños.

En vísperas del Día Mundial contra el Trabajo Infantil en 2019, Guy Ryder, director general de la Organización Internacional del Trabajo, instó a adoptar medidas urgentes para hacer frente a las causas económicas profundas del trabajo infantil, señalando que es necesario prestar atención no solo a las cadenas mundiales de suministro, sino también al trabajo familiar no remunerado en la agricultura⁵¹.

Si bien la mayor parte de los países iberoamericanos han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y los Convenios 138 y 182 de la OIT⁵², el trabajo infantil persiste especialmente en la agricultura. Alrededor del 70 % del trabajo infantil se da en la agricultura, siendo el emprendimiento familiar una de las modalidades más comunes⁵³.

51 Ryder recordó que unos 152 millones de niños entre 5 y 17 años son víctimas del trabajo infantil en el mundo. Entre 2012 y 2016 “prácticamente no hubo una reducción en el número de niños entre 5 y 11 años en situación de trabajo infantil, y el número de los más vulnerables, los más jóvenes que realizan trabajos peligrosos en realidad aumentó”. Esto se debe en parte, agregó Guy Ryder, al incremento del trabajo infantil en la agricultura, que principalmente es trabajo familiar no remunerado. “Estos niños generalmente comienzan a trabajar a los seis o siete años y con frecuencia realizan trabajos peligrosos cuando son mayores” (https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_223205/lang-es/index.htm).

52 Estos instrumentos definen el trabajo infantil como “aquél que por su naturaleza o intensidad es perjudicial para la escolarización de los niños o perjudica su salud y desarrollo”.

53 La agricultura familiar es una forma de clasificar la producción agrícola, forestal, pesquera, pastoril y acuícola gestionada y operada por una familia y que depende principalmente de la mano de obra familiar, incluidos tanto mujeres como hombres (FAO 2014, Año Internacional

Si bien el trabajo familiar es la forma más frecuente de trabajo infantil en el mundo (69 %), este persiste también en plantaciones agrícolas o bajo los sistemas de subcontratación. Al respecto, muchas veces cuando los niños y las niñas trabajan en plantaciones no figuran en los registros, dado que solo el padre está registrado como empleado o subcontratista. Este es el caso de las migraciones estacionales, cuando familias enteras se mudan de manera temporal para trabajar en plantaciones donde se paga por cantidad o peso, motivando que los hijos e hijas menores de edad participen de las labores⁵⁴.

4.2.2. El problema en el plano de las garantías

Los derechos que nutren el estándar del trabajo decente son derechos humanos y derechos humanos laborales. Como tales, y como componente esencial, están adosados a garantías. Es decir, a uno varios vehículos para hacerlos exigibles⁵⁵.

En el marco de los derechos humanos laborales el sistema de garantías reconoce tres ámbitos de acción: las inspecciones de trabajo; la justicia del Estado u otro mecanismo con funciones jurisdiccionales y con similar poder de blindaje, y la autotutela. Los tres mecanismos de todos modos –aunque quizás en menor grado el de la inspección de trabajo debido a sus facultades para actuar de oficio– deberán remontar el ya mencionado problema de la autovisibilidad de la condición de trabajador de la persona que trabaja para otro integrante de la familia.

El problema en el plano de las garantías de los derechos conduce a situarse en que lo que ocurre en el seno de la familia constituye un mundo aparte. Y cuando en el seno de la familia también se

de la Agricultura Familiar). Por su parte, el sector agrícola ocupa a un importante porcentaje de familias involucradas en unidades de producción de tipo familiar, modelo relacionado a menores niveles de productividad y con mayor presencia de trabajo infantil. El difícil acceso a mercados de servicios y otros factores que enfrenta este tipo de agricultura, inciden en el uso de mano de obra infantil. Esta situación se ve enardecida por la persistencia de prácticas culturales favorables al involucramiento de niños, niñas y adolescentes en el trabajo familiar, el cual funciona como plataforma para la trasmisión y reproducción de saberes ancestrales de buena parte de la cultura indígena. Pese a la naturaleza y condiciones riesgosas del trabajo en el sector agrícola y al establecimiento de la edad mínima de admisión al empleo, adoptada por los países de la región, estas prácticas permanecen (<http://www.fao.org/3/ca4531es/ca4531es.pdf>).

54 <http://www.fao.org/3/ca4531es/ca4531es.pdf>

55 Arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.

organiza trabajo productivo, tal privacidad puede ser propicia para invisibilizar a los ojos de terceros situaciones de vulneración de derechos y sometimientos abusivos, como el trabajo infantil, las exigencias desmesuradas de esfuerzo laboral, que se aproximen al trabajo esclavo del presente, la ausencia de las mínimas condiciones de seguridad y salud, recarga de responsabilidades en la función de la mujer, etc.

La Recomendación 204 de OIT frente al fenómeno de la economía informal y la formulación de estrategias para el pasaje a la economía formal —que llevado al punto en análisis importa considerar la situación de informalidad en la que pueda hallarse quien trabaja para un miembro de su familia—, sitúa como meta el trabajo decente y como una de las vías de concreción (artículo 11, literal q) “las inspecciones del trabajo eficientes y eficaces”. A su vez, los CIT 81 y 129 se ocupan del rol de la inspección de trabajo de cada Estado⁵⁶ y el Protocolo de 1995 sobre inspección de trabajo incorpora un concepto bien aplicable al problema en estudio: *Todo Estado que ratifique este Protocolo deberá ampliar la aplicación de las disposiciones del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) a los lugares de trabajo considerados como no comerciales, lo que significa ni industriales ni comerciales en el sentido del Convenio*. Asimismo, el Protocolo debe leerse sistemáticamente con las facultades que otorga el artículo 12 a los inspectores.

La tutela de la informalidad del trabajo prestado en familia a través de la Justicia del Estado deberá sortear el problema del acceso efectivo que no solo refiere a que exista un procedimiento, sino también a que este tenga posibilidades reales de ser instado y prestigie la realidad sobre las formas para lograr desbrozar la frontera entre la

56 El CIT 81 establece que los Estados que lo hayan ratificado deberán mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales y comerciales; los Estados podrán exceptuar a las empresas mineras y de transporte. En él también se consagra una serie de principios respecto de la determinación de las esferas de la legislación que abarca la inspección del trabajo, las funciones y la organización del sistema de inspección, los criterios de contratación, el estatus y las condiciones de servicio de los inspectores del trabajo y sus competencias y obligaciones. Por su parte, el CIT 129 establece que los Estados que lo ratifiquen deberán establecer y mantener un sistema de inspección del trabajo en la agricultura. También pueden extender la cobertura de la inspección del trabajo a los arrendatarios que no empleen mano de obra externa, aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas; personas que participen en una empresa económica colectiva, como los miembros de cooperativas, o a los miembros de la familia del productor de la empresa agrícola, según los defina la legislación o la reglamentación nacional.

colaboración entre familiares y el trabajo predominantemente para beneficio de otro integrante de la familia. Para ello las herramientas de la Recomendación 198 pueden ser muy útiles por cuanto marcan una hoja de ruta tanto para la indagatoria de los hechos como para su interpretación. Tratándose de la presunción legal expresa de laboralidad en un determinado Estado, será el demandado quien tenga que destruir la verdad interina o provisoria que surge del juicio legal. Y si no lo logra, lo presumido –la laboralidad– quedará firme o con juicio de certeza. Tratándose de los hechos indicadores, la investigación probatoria, así como su valoración discursiva luego de considerarlos probados, no podrán dejar de considerar el marco en el que se desarrolló el vínculo. Esto es, no podrán dejar de tener en cuenta las dificultades estructurales que se deberán remontar derivadas de la natural reserva e intimidad que durante la etapa de ejecución no conflictiva habrán tenido los actos de las personas. El emprendimiento será realmente difícil a la hora de tener que sortear el test de laboralidad. La habitual invisibilidad del trabajo en familia que habrá alimentado la informalidad situará a este trabajador de familia en una posición especialmente vulnerable para acceder y defenderse mediante un instrumento procesal que garantice su tutela efectiva. Si de tutela judicial se tratara, deberá existir algún mecanismo procesal que tuviera en cuenta que, de regla, quien trabajó deberá arrancar la prueba de un terreno hostil, concretamente del núcleo familiar del que era coparte y se transformó en contraparte. A su vez, deberá considerar también que, en el común de los casos de este tipo, a mayor informalidad mayor dificultad para probar en juicio.

En este ámbito, la familiaridad puede llegar a jugar un papel de ocultamiento con o sin intención de los actos y los hechos del período de ejecución no conflictivo del vínculo laboral. De allí que la indagatoria judicial acerca de la ocurrencia de los hechos indicadores deberá ser llevada a cabo con vigor e intensidad, de forma incisiva.

La calificación jurídica de tales hechos, para pasar de ser hechos del proceso a indicadores de la relación de trabajo, deberá realizarse sin desatender el valor tutelar que la comunidad internacional encuentra en la relación de trabajo (artículo 4, capítulo I) ni el marco de dificultad ya señalado ni la apertura a la admisibilidad de los grados de

incidencia que admite la Recomendación 198 cuando expresamente refiere que el trabajo debe “ser efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona” (artículo 13, capítulo II).

Claro que es posible que la labor de la inspección del trabajo se encuentre con obstáculos similares⁵⁷.

Finalmente, en cuanto a la autotutela, y a los caminos para hacer efectivos los derechos del trabajo decente, especialmente sujetos a la acción del colectivo de trabajadores, el mayor problema está quizás, en la ya mencionada invisibilidad de la condición de trabajador de quien trabaja para un integrante de su familia.

5. Reflexiones finales

Cuando se analiza el trabajo con la familia se suele referir a ésta en términos de familia extendida, es decir, integrada no solo por personas vinculadas por consanguinidad o afinidad, sino también por afectividad, vecindad u origen.

En general, los modelos normativos de los Estados no prohíben la relación de trabajo entre cónyuges, compañeros de vida padres e hijos y otros miembros de la familia por consanguinidad o afinidad.

El trabajo entre miembros de la familia pone un particularismo al vínculo en tanto fusiona mezclándolos y dejándolos en mayor o menor grado de identificación, lazos de afinidad y laborales.

El trabajo entre miembros de la familia puede constituir un ámbito positivo o muy positivo para el desarrollo de la persona, pero también propicio para la informalidad en la relación de trabajo y por ende privación de derechos básicos del catálogo del trabajo decente. De allí la necesidad de que los Estados construyan mecanismos eficaces de indagatoria y

57 El Convenio Internacional de Trabajo 182 ordena a los Estados individualizar y reforzar mecanismos apropiados y todas las medidas que fueran necesaria para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivo para vigilar el trabajo infantil, la rehabilitación e inserción social de esos niños, el acceso a la educación básica gratuita y cuando fuera posible a la formación profesional (d), identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos y tener en cuenta la situación particular de las niñas.

tutela para desvestir la realidad subyacente cuando quiso ser ocultada o cuando lo fue aun involuntariamente. Sea a través de la labor de la inspección del trabajo, la justicia del Estado o la autotutela, de modo tal que se articule el trabajo con la familia y la garantía de dignidad laboral, o en términos de la OIT, de trabajo decente.

Sobre la sucesión de empresa. Una visión comparada de las garantías de los trabajadores ante el cambio de empleador

Alfredo Sierra Herrero

SOBRE LA SUCESIÓN DE EMPRESA. UNA VISIÓN COMPARADA DE LAS GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES ANTE EL CAMBIO DE EMPLEADOR*

Alfredo Sierra Herrero**

Sumario: 1. Introducción. 2. Sobre los sujetos y el objeto de la sucesión. 2.1. La empresa y el empleador. 2.2. La conservación del contrato de trabajo. 2.2.1. Imperativo legal y principio de continuidad. 2.2.2. Sustitución del empleador. 2.2.3. Sobre la libertad de trabajo. 3. Modelos jurídicos de reconocimiento de la sucesión empresarial. 3.1. Países que no contemplan una norma general. 3.2. Países que regulan la figura. 3.2.1. Sucesión empresarial en Chile. 3.2.2. Sucesión empresarial en Argentina. 3.2.3. Sucesión empresarial en Brasil. 3.3. Sobre el derecho de información y consulta. Sucesión empresarial en España. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Desde la perspectiva laboral, el fenómeno del cambio de empleador, como consecuencia de la transferencia de una empresa, recibe distintas denominaciones: sucesión de empresas¹, transferencia de establecimiento², transmisión de empresas³, sustitución de empleadores⁴, sucesión de empleadores⁵, etc. Todos estos apelativos coinciden en la

* La redacción de este texto ha contado con la ayuda del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de la República de Chile, en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1211347, titulado "Estudio crítico de la sucesión de empresas en el sistema laboral chileno. Una cuestión necesaria en tiempos de crisis", en el cual el autor es investigador responsable.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.

1 Cfr. artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores de España.

2 Cfr. artículo 225 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina.

3 En Perú, véase Corte Suprema 30 de septiembre de 2013, Cas Lab. N° 1162-2013.

4 Cfr. artículo 67 del Código Sustantivo de Trabajo de Colombia.

5 Cfr. artículo 448-A Consolidación de Leyes del Trabajo de Brasil.

misma idea, esta es, que la transferencia de la empresa conlleva que el empresario adquirente pase a tener la calidad de empleador respecto de los trabajadores que prestan sus servicios en aquella. Asimismo, existe un criterio amplio para considerar como cambio de titularidad a diferentes manifestaciones jurídicas, tales como transferencias de dominio, arrendamiento del negocio, modificaciones societarias, etc.⁶. Como apunta Palavecino, lo que interesa al derecho del trabajo es que el empresario adquirente se haga materialmente cargo de la empresa⁷.

Es una materia que ha adquirido gran relevancia dados los cambios acelerados que han experimentado las empresas desde hace ya varios años. Esto con la finalidad de adecuarse a una economía global, que se caracteriza por las incertidumbres en el mercado y la rápida desactualización de los modos de producción y los propios productos⁸. Se trata de un entorno en constante movimiento y propicio para que las empresas opten, según las circunstancias, por diferentes decisiones que pueden apuntar tanto al crecimiento como a la reducción de sus actividades e incluso que exista una mixtura entre ambas opciones respecto de ciertas áreas del negocio. Por una parte, entonces, se puede resolver que es una buena oportunidad de expandir la empresa, por ejemplo, por medio de la adquisición del total o de una parte de otras compañías. Otra opción sería escoger el camino de la descentralización de la empresa, a través de la transferencia de unidades o sucursales de esta, en búsqueda de una mayor eficiencia y adaptabilidad a las variaciones del mercado⁹.

A su vez, la pandemia del Covid-19 ha afectado, severamente, a trabajadores y empresas, cualquiera sea el sector al que pertenezcan, y ha elevado las tasas de desempleo de forma preocupante, poniendo

6 Cristián Olavarría Rodríguez, "Obligaciones del nuevo titular de la empresa. Revisión jurisprudencial del artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo", *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago, núm. 33, 2016, pp. 242 y ss.; Rosina Rossi Albert, "La regulación jurídico-laboral de la transmisión de empresas. Transmisión de empresas en el ordenamiento jurídico uruguayo", *Las transformaciones de empresas en el Derecho del Trabajo* (compiladores Mario Ackerman y Diego Tosca), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 652; Pablo Candal, "La regulación jurídico-laboral de la transmisión de empresas", *Las transformaciones de empresas en el Derecho del Trabajo* (compiladores Mario Ackerman y Diego Tosca), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 629; Aurelio Desdentado Bonete, "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, p. 243.

7 Claudio Palavecino Cáceres, "Cesión del contrato de trabajo por transferencia de la empresa", *Revista Laboral Chile*, julio 2017, p. 71.

8 Desdentado Bonete, *op. cit.*, p. 241.

9 *Ibid.*

también en riesgo el futuro de muchos puestos de trabajo. Tal situación ha llevado a que en distintos países se hayan aprobado leyes de protección del empleo y de trabajo a distancia y teletrabajo, además de otras iniciativas legales destinadas a aminorar los efectos de esta crisis. Sin embargo, las legislaciones vigentes difícilmente van a poder dar solución a los problemas que las empresas tendrán que enfrentar para continuar sus actividades. En algunos sectores la ruta a seguir será recomponer la estructura de negocio, lo cual implicará, muchas veces, el cambio de su titular. Ello, por ejemplo, por medio de la absorción de una compañía por otra de mayor solvencia, la fusión con otras entidades, la división (transformación) o venta de activos relevantes, la descentralización o externalización de unidades de la empresa, etc.

Es posible observar que buena parte de los ordenamientos laborales, salvo algunas excepciones, tienen la prevención de regular las consecuencias laborales de la transferencia del total o una parte de la empresa, pero sin pretender sancionar tal operación¹⁰. Más bien, esta preocupación apunta a proteger los derechos de los trabajadores, principalmente, en cuanto a que el cambio de titularidad no conlleve que los contratos de trabajos se vean extinguidos. Tal reconocimiento legal fue necesario en países, como en Chile, donde, antes de la existencia del párrafo 2° del artículo 4° del Código del Trabajo, parte de la jurisprudencia entendía que, por la transferencia de la empresa, la relación laboral llegaba a su término¹¹.

Para procurar la continuidad del contrato de trabajo, se sustituye en forma imperativa una de las partes de este vínculo laboral. En efecto, para conseguir tal objetivo, la posición del empresario cedente en el contrato de trabajo pasa ser ocupada por el empresario cesionario. Como sostiene Jofré, se genera una situación jurídica bastante particular, por cuanto dicho contrato se mantiene "entre partes que no han concurrido a perfeccionarlo con su consentimiento"¹².

Esta resistencia de la relación laboral pone de manifiesto dos temas que se desarrollarán en este artículo. El primero relativo a la importancia de diferenciar, claramente, la figura del empleador (sujeto de la sucesión)

10 Rossi Albert, *op. cit.*, p. 651.

11 Olavarría, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

12 María Soledad Jofre Bustos, *La sucesión de empresas en el derecho del trabajo chileno*, tesis de magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Talca, 2014, p. 21.

y de la empresa (objeto de la sucesión). Aunque esto puede parecer obvio, ha sido materia de confusión, por ejemplo, cuando se entiende, de forma errada, que la relación laboral vincula al trabajador con la empresa. El segundo, referido a que la libertad del trabajo se ve afectada por la imposición de un contratante. La sucesión empresarial parte del supuesto, en los distintos países, de que el trabajador tiene que aceptar como empleador al nuevo titular. Pienso que es una visión restringida, pues concibe esta problemática solo con miras a la conservación del empleo. Por esto, estimo que es posible replantear el ámbito de acción de los trabajadores en este punto, según veremos en el capítulo siguiente.

Otro aspecto que se pretende analizar es la relación con las deudas pendientes al momento de la transferencia. Si bien el tratamiento laboral de la sucesión, en principio, estaba dirigido a la protección del empleo, con posterioridad la legislación o la jurisprudencia, dependiendo del país, fueron haciéndose cargo de la situación de las deudas indicadas. Justamente, en el capítulo tercero, se expondrá sobre el camino que siguen distintos ordenamientos latinoamericanos en relación con la responsabilidad que les corresponde a los empresarios partícipes de la operación.

Por último, una cuestión no contemplada en varias legislaciones latinoamericanas, a diferencia de Europa, se refiere al derecho de información y consulta de los trabajadores. A esta altura de desarrollo del derecho del trabajo, pienso que debiera ser un derecho incorporado en las regulaciones sobre sucesión empresarial. Pues resulta de la mayor importancia que los trabajadores, a través de sus representantes, estén en pleno conocimiento de las consecuencias (jurídicas, económicas, laborales, etc.) que puede comportar una modificación en la titularidad de la empresa. En esa línea, se revisará la regulación europea y española que opera en este ámbito, con miras a considerarlo como un parámetro para ser implementado en otros países.

2. Sobre los sujetos y el objeto de la sucesión

2.1. La empresa y el empleador

En la sucesión de empresa es posible distinguir los siguientes factores que la integran. Por una parte, un componente subjetivo constituido por los empresarios cedente y cesionario, y, además, los trabajadores de la empresa transferida. Por otro lado, un elemento objetivo que corresponde, precisamente, a la empresa cuya titularidad es reemplazada¹³.

Sobre los sujetos podemos diferenciar entre aquellos que tienen un rol activo, en contraposición a quienes deben asumir las consecuencias de la sucesión. Los primeros son los empresarios que acuerdan la transferencia de la empresa, ya que del consentimiento de ellos depende la materialización del traspaso. Los segundos son los trabajadores, toda vez que la sustitución de su contraparte (empleador) procede automáticamente sin que se requiera su consentimiento. Esta situación es un denominador común en gran parte de los países, incluso en España donde, según veremos, los empresarios tienen la obligación de informar y consultar a los trabajadores sobre el traspaso de la titularidad (véase III.3).

A diferencia de los sujetos partícipes de la sucesión, la empresa es el objeto de esta. En efecto, la empresa se entiende, en doctrina, como “una organización de medios personales, financieros y técnicos con un objetivo productivo”¹⁴. En esa línea, ciertas legislaciones, como la argentina, la definen como “la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos” (cfr. artículo 5° de la Ley de Contrato de Trabajo)¹⁵. Vemos que la idea que destaca es la de

13 A este respecto, Rossi Albert señala que la transmisión de empresa importa una “relación compleja que involucra por lo menos tres sujetos y dos relaciones jurídicas de diversa naturaleza: una, el empleador original y el trabajador por un vínculo laboral; otra, entre el empleador original (causadante) y un tercero respecto de la primera relación (sucesor o causahabiente) a través de un vínculo de naturaleza diversa al primero, que como señalará podrá abarcar un amplio elenco de negocios jurídicos”; Rossi Albert, *op. cit.*, p. 652.

14 Antonio Martín Valverde; Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez; Joaquín García Murcia, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 230.

15 En términos similares en Chile se define como “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada” (cfr. párrafo 3°, artículo 3°, Código del Trabajo). Con todo, sobre esta definición véase nota al pie núm. 21.

“organización”, que deberíamos calificar de “compleja”, toda vez que la integran personas y bienes materiales e inmateriales. Las personas serían los gestores (o emprendedores) y los trabajadores¹⁶. Los bienes materiales pueden ser bienes inmuebles, maquinarias, etc.; los inmateriales pueden ser derechos de marcas, propiedad intelectual, etc. Ahora bien, la transferencia de la empresa, sin perjuicio que tenga efecto en todos los factores mencionados, solo se materializa en los bienes que forman parte de dicho conjunto o universalidad de hecho¹⁷. Por motivos evidentes, los trabajadores no son objeto de ese traspaso¹⁸, pero sí el cambio de titularidad de la organización significará una sustitución *ipso iure* de su contraparte en el contrato (véase II.2.1).

En cuanto al objeto de la transferencia, conviene señalar que los distintos países coinciden en que puede comprender el total o solo una parte o área de la empresa. Es decir, no se requiere que la sucesión abarque por completo a esta. En ese orden, en Chile se hace referencia a “las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa” (cfr. párrafo 2º, artículo 4º, del Código del Trabajo). En España a un “cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma” (cfr. artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores), que constituya “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria” (cfr. artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores). En Argentina se hace mención de la transferencia de un “establecimiento” (cfr. artículo 225 de la Ley de Contrato de Trabajo), que es un término definido como “la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones” (cfr. artículo 6º de la Ley de Contrato de Trabajo). De este modo, se deduce que la transferencia puede comprender toda la empresa, pero también solo alguna de sus “secciones, dependencias o sucursales”¹⁹.

16 Efrén Borrajo Dacruz, *Introducción al derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 132. El autor señala que entre quienes concurren a la formación de la empresa es posible distinguir entre los aportadores de capital y los gestores o emprendedores. Afirma que si los primeros solo aportan capital quedan fuera de la empresa en sentido funcional. Así explica que si los socios de una sociedad mercantil solo aportan capital son “elementos ajenos a la empresa”; véase Borrajo, *op. cit.*, p. 132.

17 Palavecino, *op. cit.*, p. 68.

18 *Ibid.*

19 Carlos Etala, *Contrato de Trabajo*, t. 2, Buenos Aires, 2010, p. 201.

Es necesario indicar que a menudo se confunde la empresa, como entidad jurídica, con la persona del empleador²⁰. En especial, esto ha sucedido en Chile, aun cuando en la ley se distingue, conceptualmente, empleador y empresa (cfr. artículo 3º del Código del Trabajo). Y es que esta última se describe como una organización, en términos similares a las nociones anteriores, pero en la parte final de la definición se añade la frase "dotada de una individualidad legal determinada". Como sostienen Rojas y Aylwin esta frase ha generado bastante confusión, en orden a que exista determinada interpretación que ha identificado la empresa con la forma jurídica en que se organiza su titular, en particular como una sociedad comercial²¹.

Por lo anterior, es necesario recalcar la diferencia entre empresario y empresa, en cuanto a que esta última es una realidad objetiva distinta²². Pero es evidente que están íntimamente relacionados, toda vez que el empresario, como persona natural o jurídica (o cualquier otra entidad asimilada²³) es el titular de aquella²⁴, y como tal, es quien dirige esta organización y asume las obligaciones que genera su funcionamiento²⁵.

Como se sabe, el contrato de trabajo vincula laboralmente al empleador y el trabajador. No existe, por tanto, esta clase de relación jurídica entre la empresa y el personal que la integra²⁶. Según indica Alonso García, por medio del derecho se pueden ordenar "los distintos elementos que integren la empresa, pero, en todo caso, sin convertir a ésta en sujeto de relaciones jurídicas"²⁷. De esta forma, la empresa, por ser "objeto", no puede al mismo tiempo ser sujeto²⁸. En tal sentido, no goza de la

20 En España, véase Borrajo, *op. cit.*, p. 131; en Chile véase Jofre Bustos, *op. cit.*, p. 15.

21 Irene Rojas Miño y Andrés Aylwin Chiellini, *Los grupos de empresas en el derecho chileno del trabajo*, LegalPublishing, Santiago, 2007, p. 97. Lamentablemente, esto ha tenido efectos negativos en la negociación colectiva en Chile. Esto, en gran medida, la única negociación colectiva donde el empleador está obligado a participar es aquella a nivel de empresa, pero no, en cambio, en una negociación supraempresarial. Y justamente de la interpretación mencionada, se consideraba que, si el empresario constituía varias sociedades, implicaba que se creaban igual número de empresas, de modo que en cada una de ellas se debía negociar colectivamente en forma separada; Rojas y Aylwin, *op. cit.*, p. 97.

22 Santiago González Ortega, Marcial Sequeira de Fuentes, Luis Tejedor Redondo, *Derecho del trabajo de la empresa*, Colex, Madrid, 2001, p. 445.

23 Por ejemplo, las comunidades de bienes (cfr. artículo 1.2, Estatuto de los Trabajadores, España).

24 Borrajo, *op. cit.*, p. 133.

25 Pedro Iurreta Uriarte, "La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo", *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 2014, 1.º semestre, p. 263.

26 Palavecino, *op. cit.*, p. 70.

27 Manuel Alonso García, *Cursos de derecho del trabajo*, Ariel, Madrid, 1980, p. 311.

28 Alonso García, *op. cit.*, p. 311.

capacidad jurídica para contraer obligaciones. El empresario (sujeto) es quien, como su titular, asume las obligaciones necesarias para que la empresa pueda cumplir con sus objetivos²⁹.

La principal preocupación frente a una sustitución del empleador, desde la perspectiva laboralista, reside en que la continuidad de los contratos de trabajo no se vea afectada. Por este motivo, se tiende a realzar los “lazos de vinculación entre el trabajador y la empresa como organización, con independencia de quien sea su titular”³⁰. Y es así, que, ante la eventual sustitución del empresario, en “la legislación laboral prima la relación del trabajador con la empresa pasando a segundo plano quien sea formalmente su titular”³¹.

Es decir, el trabajador está vinculado jurídicamente al empleador por el contrato de trabajo, pero no se puede obviar, que la sucesión en análisis pone de manifiesto que existe también una relación entre la empresa y el trabajador. Ahora bien, no se trata de un vínculo contractual, sino, más bien, a mi parecer, por una parte, se encuentra la empresa que consiste en la organización de personas y bienes, y, por la otra, los trabajadores que también son parte integrante de esta. Desde luego, ahí se aprecia el nexo en cuestión: la calidad de trabajador se concibe como un componente “personal” de tal organización. Se afirma así que la empresa cuenta con el trabajo prestado por personas distintas de los aportadores del capital que, por cierto, consisten en sus trabajadores y gestores³². Estos prestan sus servicios “dentro de la organización”, uniendo sus esfuerzos al capital, para la consecución de los fines de aquella³³. Por tal motivo, de acuerdo con Diéguez, los trabajadores son una “pieza esencial de la empresa”³⁴.

Esta idea queda muy clara con la denominada “sucesión de contrata”, que es una cuestión bastante tratada por la justicia europea. El TJUE ha destacado que en ciertas empresas o entidades económicas su elemento esencial está conformado por su personal, ya que los bienes materiales

29 Jofre, *op. cit.*, p. 15.

30 Jesús Cruz Villalón, *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 363.

31 *Ibid.*

32 Véase nota al pie núm. 16.

33 Borrajo, *op. cit.*, p. 132.

34 Gonzalo Diéguez Cuervo, “Empresarios con personalidad plural (La secuela última de un concepto equívoco)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2001, núm. 108, p. 840.

(o inmateriales) representan un aspecto completamente accesorio. Se sostiene así que “determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión [...]”³⁵.

Por último, nótese que, en países como España, la circunstancia de prestar servicios “dentro del ámbito de una organización” viene a ser uno de los antecedentes claves para calificar como “laboral” una prestación de servicios (cfr. artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). Asimismo, la Recomendación 198 OIT de 2006 sobre “la relación de trabajo” hace referencia a indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo, entre los cuales se encuentra “la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona” (punto 13.a)). En esa línea, el Prof. chileno Pedro Irureta señala que “es preciso configurar la subordinación y dependencia como un singular modo de ser que se refleja en la inserción del trabajador dentro de una organización ajena”³⁶.

Como se aprecia, no solo los trabajadores son parte de la empresa, como elementos personales de la organización, sino también dicha integración determina, en buena medida, que las tareas que estos realizan son por cuenta ajena y, por ende, tienen el carácter de dependientes o subordinadas.

Podemos concluir, entonces, que entre el vínculo jurídico del trabajador con el empleador (contrato de trabajo) y la relación del trabajador con la empresa (componente personal de la organización) se produce una especial simbiosis. Por un lado, la suscripción del contrato de trabajo supone el ingreso del trabajador a la organización empresarial, es decir, la concreción del pacto, entre aquel y el empleador, hace que pase a formar

35 TJUE asuntos Somoza Hermo, C-60/17; Súzen C-13-95. Sobre esta materia véase Faustino Cavas Martínez, “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Aranzadi Social*, 2005, núm.14, p. 3; Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *IUSLabor*, núm. 1, 2007, p. 14; Juan Gómez Arbós, “La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, p. 3; Francisco Javier Calvo Gallego, “Régimen jurídico del contrato de trabajo. Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114, 2012, p. 217.

36 Irureta, *op. cit.*, p. 268.

parte de la empresa. Por otro, en los supuestos donde una prestación de servicios no se ha formalizado como un contrato de trabajo, su eventual calificación como "laboral" dependerá, en buena parte, si se constata que la persona en cuestión se encuentra incorporada en la empresa. De esta suerte, aquí el efecto es inverso, ya que dicha integración en la organización empresarial conllevará, en principio, que la relación entre quien encarga el servicio (supuesto empleador) y la persona que lo ejecuta (supuesto trabajador) sea considerada como un contrato de trabajo.

2.2. La conservación del contrato de trabajo

2.2.1. Imperativo legal y principio de continuidad

La permanencia del trabajador en su cargo, pese al cambio de titularidad de la empresa, obedece, más bien, a una política social de los distintos ordenamientos legales. Decimos esto porque, en países como Chile –según veremos más adelante–, fue necesario la incorporación del párrafo 2º del artículo 4º del Código del Trabajo con miras a establecer que los contratos de trabajo seguían vigentes, pese al cambio de empleador, pues previo a ello, la jurisprudencia entendía que la relación laboral llegaba a su término³⁷. Por esta razón, coincidimos con la apreciación que concibe la normativa sucesoria con una decisión interventora del Estado en el ámbito laboral, con la finalidad de conservar la vigencia de los contratos de trabajo, y así proteger al contratante "más débil"³⁸.

Cabe subrayar que la doctrina laboralista concuerda con este criterio. Esta posición se fundamenta, en gran medida, en la aplicación del "principio de continuidad"³⁹. Al respecto, conviene destacar la influencia del destacado Prof. Américo Plá Rodríguez. Sobre este principio sostiene que "es una manifestación de la indefinición en el tiempo del contrato de trabajo, cuya vigencia no puede quedar

37 Olavarría, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

38 José Luis Monereo Pérez, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, p. 109.

39 De acuerdo con Plá, existen otras denominaciones para el mismo principio: "estabilidad" y "permanencia", Américo Plá Rodríguez, *Los principios de derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 195. Por su parte, Palavecino cree que resulta más aplicable en este caso el que denomina "principio de tutela del crédito laboral y previsional", véase Palavecino, *op. cit.*, p. 66.

condicionada a un cambio empresarial⁴⁰. En esa línea, agrega que dichos cambios no pueden afectar la continuidad de las relaciones laborales, pues de lo contrario “se destruiría el marco o ámbito de contratos de trabajo en que la empresa consiste y, con él, la empresa misma”⁴¹.

Se destaca, entonces, para fundamentar este criterio, la realidad autónoma de la empresa frente al empresario. En tal sentido, el autor afirma que “las empresas se crean para durar indefinidamente en el tiempo y han de ser inmunes a los cambios subjetivos de las personas que agrupan, incluida la del empresario”⁴².

Según se observa, la aplicación doctrinal de este principio, para el caso de la sucesión, se fundamenta, en gran medida, en el carácter de ente autónomo de la empresa respecto a sus titulares actuales y futuros. Así, la empresa se alza como la piedra angular que permite sostener la continuidad de los trabajadores. Ahora bien, como antes se indicaba, la relación entre los trabajadores y la empresa consiste en que estos son parte integrante de esta organización. Esta dinámica posibilita, justamente, que no resulte complejo que opere la sustitución del empleador en el contrato, y, a la vez, que este prosiga con un nuevo contratante. De ahí que se pueda hablar de “la dureza y resistencia del contrato de trabajo”⁴³. Luego, esta fortaleza se basa en la idea de “inmunidad de la empresa”, de modo que esta organización se presenta como el “anclaje del sistema de relaciones de trabajo”⁴⁴.

A su vez, es necesario destacar la importancia de la aplicación del principio de continuidad en países que, como Perú y Uruguay, no cuentan con una norma general referida a la sucesión de empresas. En efecto, según veremos, la observancia de dicho principio ha significado que en tales países se entienda que las relaciones laborales prosiguen, pese a las modificaciones de titularidad empresarial.

40 Plá, *op. cit.*, p. 244.

41 *Ibid.*, p. 235.

42 *Idem.*

43 Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 2006, p. 456.

44 Alonso Olea y Casas Baamonde, *op. cit.*, p. 456.

2.2.2. Sustitución del empleador

Esta solución referida a la subsistencia de los contratos de trabajo con el nuevo titular de la empresa, por los motivos vistos, permite realizar las observaciones que paso a explicar.

A) Sobre el reemplazo de una parte del contrato

El cambio de empleador no significa que se inicie un nuevo contrato de trabajo, aun bajo la premisa de que se respeten las condiciones contractuales con el empresario cesionario. El contrato sigue siendo el mismo, incluso, con este nuevo contratante. Para explicar esta situación existen dos visiones doctrinales: un grupo relevante recurre a la figura de la novación subjetiva; en cambio, otros autores consideran más acorde la institución de la cesión de contrato.

Quienes lo conciben como una novación subjetiva, no profundizan, mayormente, en las razones jurídicas que fundamentan tal calificación. Más bien, lo explican de cara al objetivo de la conservación del contrato de trabajo. Se sostiene así que la posición contractual del empleador –a diferencia del carácter *intuitu personae* del trabajador– resulta fungible y, por ende, su sustitución como parte del contrato se explica porque opera la novación indicada⁴⁵. Así las cosas, esta novación permite una continuidad *ipso iure* y de carácter automático de las relaciones laborales⁴⁶.

En cambio, otro sector, con el cual coincido, no concuerda en que esta sustitución se conciba como novación, pues supondría la cesación de una relación jurídica y el nacimiento de otra⁴⁷. A este respecto, Palavecino sostiene que se trata de una “cesión de contrato”, donde la relación original permanece inalterable, pese al reemplazo de una de las partes⁴⁸.

45 Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 363; Ana de la Puebla Pinilla, “La sucesión de empresa”, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (dir. Luis Enrique de la Villa), Iustel; Madrid, 2011, p. 778; Sergio Gamonal Contreras, *Fundamentos de derecho del laboral*, Der Ediciones, Santiago, 2020, p. 213; Plá, *op. cit.*, p. 235.

46 Monereo, *op. cit.*, p. 142.

47 Alonso García, *op. cit.*, p. 514.

48 Palavecino, *op. cit.*, p. 74.

Ahora bien, conviene clarificar que la cesión de contrato requiere del consentimiento tanto de quien transfiere su posición contractual y de aquel que lo sucede como de la contraparte del primero⁴⁹. En la sucesión laboral no existe tal consentimiento de los contratantes. Entre los empresarios cedente y cesionario el acuerdo tiene como objeto la transferencia de una empresa que, a su vez, como efecto derivado de un imperativo legal, comporta que el segundo se sitúe en la posición de nuevo empleador. Por su parte, el trabajador debe aceptar este reemplazo de su contraparte. De este modo, pareciera que esta sustitución se acerca más a la figura del denominado “contrato forzoso”, en especial el “contrato forzoso heterodoxo”, en donde “el contrato no necesita del intercambio de voluntades”, ya que “el legislador lo constituye de un solo golpe”⁵⁰. Sin embargo, en este último caso se genera un nuevo contrato, en cambio, en el supuesto de la sustitución laboral, el contrato de trabajo se mantiene vigente, pero con otro contratante. Por tales motivos, concuerdo también con Palavecino, en cuanto a que esta figura consiste, más bien, en una cesión forzada de contrato que opera por el solo ministerio de la ley⁵¹.

B) Subrogación del nuevo empleador

Esta cesación de contrato va a significar que el empresario cesionario se subroga en la posición jurídica del empresario cedente. Existe normativa, como la española, que, en forma expresa, establece que el nuevo empresario queda “subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior” (cfr. artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores)⁵².

Esta subrogación supone que el empresario cesionario se sitúa en la posición jurídica de su predecesor tanto en lo que se refiere a sus poderes y facultades como en lo relativo a sus obligaciones y responsabilidades para con los trabajadores⁵³. De esta forma, se

49 Jorge López Santa María y Fabián Elorriaga de Bonis, *Los contratos. Parte general*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 687.

50 López Santa María y Elorriaga de Bonis, *op. cit.*, p. 175.

51 Palavecino, *op. cit.*, p. 73.

52 Autores chilenos, como Palavecino, entienden también que se produce una subrogación, Palavecino, *op. cit.*, p. 66.

53 Joaquín García Murcia, “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de

afirma que esta subrogación es “el efecto imprescindible para que el cambio de empresario no genere consecuencias adversas para el contrato de trabajo”⁵⁴.

Con todo, se podría pensar que esta subrogación no se circunscribe solo a la posición contractual antes indicada. Esto debido a que, al empresario entrante, en algunos países, se le hace responsable de obligaciones pendientes respecto de trabajadores cuya relación laboral finalizó con anterioridad a la sucesión. No obstante, me parece que no se trata de una subrogación, sino que se busca contemplar otro centro de imputación de las deudas pendientes. Es decir, se le impone al empresario adquirente la condición de garante de tales obligaciones. De lo anterior se deduce que no se libera al empresario saliente de estas deudas, solo se incorpora al empresario cesionario como responsable solidario de estas⁵⁵. Con todo, en ordenamientos como el brasileño, se podría pensar en una subrogación de las deudas pendientes, toda vez que el nuevo empleador debe responder directamente de las obligaciones contraídas por su predecesor⁵⁶.

2.2.3. Sobre la libertad de trabajo

Si bien la regulación laboral de la sucesión está diseñada para beneficiar al trabajador, en particular la protección de su empleo, la contrapartida será que este debe aceptar a su nueva contraparte. De ahí, que se considere el vínculo entre nuevo empleador y trabajador como una contratación obligada, que representa una excepción en el régimen general de las obligaciones⁵⁷.

En efecto, en la mayoría de los ordenamientos hispanoamericanos no se contempla la posibilidad de que el trabajador se niegue a dicho cambio de empleador. Luego, el trabajador puede no aceptar

empresa”, *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dir. Joaquín García Murcia), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 24.

54 *Ibid.*

55 Entre la normativa que hace responsable solidario al empresario adquirente, se puede mencionar las siguientes: artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores (España), artículo 228 de la Ley de Contrato de Trabajo (Argentina); artículo 69.1 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia); artículo 13 de la Ley N° 12.590, sobre el “régimen de licencias anuales” (Uruguay).

56 Cfr. artículo 448-A, Consolidación de Leyes del Trabajo.

57 William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, *Manual de derecho del trabajo. Derecho individual de trabajo*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, tomo II, p. 87.

la sucesión y optar por poner término a su contrato, a través de la causal de dimisión o renuncia a su empleo. Pero, como se sabe, se trata de un cese contractual que no da derecho a una indemnización, a menos que se haya pactado convencionalmente. Repárese que, por ejemplo, en España, si la sucesión implica una modificación sustancial de las condiciones laborales, el trabajador puede finalizar el contrato con derecho a una indemnización (cfr. artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores). En este contexto, llama la atención, siguiendo a Marín Correa, que el cambio de la persona del empresario puede entrañar mucha mayor trascendencia (sobre todo en empresas pequeñas de contacto más directo), sin embargo, no se contempla como un supuesto de modificación sustancial que permita la dimisión del trabajador con derecho a indemnización⁵⁸.

Si bien con la sucesión de empresas se busca que los contratos de trabajo perduren, y, por tanto, que no finalicen por el cambio de titular de la empresa, se produce el problema que a los trabajadores se les está imponiendo una nueva contraparte. En efecto, estos no prestan su consentimiento para que dicha sustitución se concrete en la relación laboral. En tal sentido, se ve afectada la garantía de la libertad de trabajo, en particular la “libertad de elección del trabajo” que supone que nadie puede ser obligado a prestar un servicio determinado sin su consentimiento⁵⁹.

A pesar de que lo frecuente consistirá en que un trabajador, pese al cambio de empleador, pretenda conservar su trabajo⁶⁰, eso no implica que otros se replanteen continuar en la empresa, por diferentes razones. Cada vez es más frecuente que las personas para elegir un trabajo tomen en cuenta, justamente, las características particulares del empleador⁶¹. De esta suerte, pienso que, en principio, un cambio de contraparte importa una modificación sustancial de la relación laboral, que ameritaría una justa solución para aquel trabajador

58 José María Marín Correa, “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, p. 3.

59 Alan Bronfman Vargas, José Ignacio Martínez Estay y Manuel Núñez Poblete, *Constitución Política comentada*, AbeledoPerrot-Legal Publishing, Santiago, 2012, p. 338.

60 Monereo, *op. cit.*, p. 370.

61 Celine Carrasco Oñate, “Experiencias de buenas prácticas laborales”, *Cuaderno de investigación*, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, núm. 57, Santiago, 2015, pp. 32-33.

que no desea persistir en ella. Y esto con independencia de que el nuevo titular mantenga, en principio, las mismas condiciones de trabajo. Considero que no puede ser una solución aceptable que el trabajador, si es que no comparte este cambio, deba renunciar (como una manifestación de la libertad de trabajo) y asumir todas las consecuencias de ello.

Por estas razones, me parece que sería necesario replantearse las opciones del trabajador frente a una sucesión empresarial. Por cierto, y, a modo de ejemplo, la regulación especial del alto directivo en España permite que, por la sucesión, este pueda extinguir su contrato con derecho a recibir una indemnización (artículo 10.3 d Real Decreto 1382/1985)⁶².

En esa línea, también cabe destacar el caso de Alemania, donde los trabajadores de la empresa objeto de la cesión, una vez informados de la misma, tienen el derecho de oponerse a ser transferidos a la cesionaria (§ 613a(6) BGB). Así, en el evento que uno de ellos ejerza tal derecho, se mantendrá como empleado de la cedente, salvo que, con razón de la transferencia, sus servicios ya no sean necesarios⁶³. En tal caso, tendrá derecho a las indemnizaciones por el cese del trabajo, a menos que se pruebe una actuación contraria a la buena fe⁶⁴.

Tomando estos ejemplos, creo que es posible postular, en clave de *lege ferenda*, que el trabajador debería tener un mayor derecho a decidir sobre su calidad de parte en el contrato de trabajo. En este sentido, un borrador simple de propuesta podría ser el siguiente.

En primer lugar, el trabajador debiera tener la posibilidad de solicitar que se persevere en la relación laboral con su actual empleador (empresario cedente). Si este se niega a tal solicitud, pienso que

62 Se trata de la indemnización pactada y, en su defecto, la fijada en el Real Decreto citado, que opera para el caso de desistimiento empresarial; véase Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Mercader Uguina, (2011), "Alto cargos y transmisión de empresas: una necesaria unificación de doctrina", *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2011, pp. 6-7.

63 En esta línea, véase Tribunal de Justicia Europeo, asunto Temco, C-51/00.

64 Steffan, Ralf, "BGB § 613a, marg. 229-230", en *Kündigungsrecht*, Reiner Ascheid, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt (dirs.), 2017, Beck, München.

la mejor opción sería que se reconozca al trabajador el derecho a renuncia de su empleo, con los criterios que se explican en los párrafos siguientes. Me parece que ello resulta más recomendable que la vía de reconocer, en términos imperativos, el derecho de conservar el contrato con el empresario indicado. Pues si para este último dicha exigencia se presenta como difícil de asumir, por distintos motivos (técnicos, económicos, etc.; incluso puede que ya no sea titular de ninguna empresa), es bastante probable que esta situación se reconduzca a través de un despido, con todas las complejidades que esto conlleva⁶⁵.

En segundo lugar, si el empresario cedente, frente a la solicitud antes indicada, decide no proseguir en el contrato con el trabajador, o bien, si este no realizó dicha petición, correspondería distinguir entre empresas (a transferir) con problemas económicos (que pueden amenazar su continuidad, lo que debería ser ratificado por la autoridad laboral respectiva) y aquellas que no se encuentran en tal situación.

En el caso de una empresa con dificultades económicas, convendría que el esquema fuese similar al actual. Es decir, se mantiene el contrato con el nuevo empleador y el trabajador podría renunciar a su trabajo, pero sin derecho a una indemnización. Lo anterior, como consecuencia de que el objetivo principal es asegurar la viabilidad de la empresa y así conservar los empleos de los trabajadores en las mismas condiciones. En cambio, si la mayoría o una parte importante de ellos desea poner término a sus contratos y además recibir una indemnización, puede encarecer, en exceso, dicha operación, sin que sea factible, y, por tanto, la empresa en riesgo, seguramente, tendría que cesar su funcionamiento.

En el supuesto de una empresa sin problemas económicos, el trabajador podría optar entre continuar con su relación laboral (con el nuevo titular), o bien, renunciar a su trabajo. Pero aquí tendría el derecho a una indemnización por término de contrato de trabajo,

65 Sobre toda la complejidad que ello implica, véase Iván Antonio Rodríguez Cardo, "Sucesión de empresas y 'ius resistendae' del trabajador", *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dir. Joaquín García Murcia), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 394 y ss.

que debería ser asumida por el empresario cedente; primero, porque es la contraparte contractual de este trabajador; segundo, porque él fue quien decidió no continuar en dicho contrato. Para determinar el cálculo de esta indemnización, lo ideal sería delegar esta tarea en la negociación colectiva y, por tanto, que este aspecto se contemple en los contratos o convenios colectivos. Para esto, un buen parámetro sería la clásica indemnización por años de servicios. Eso sí, el monto de la pactada podría variar (ser inferior o superior a la legal), de acuerdo con las condiciones que se reflejen en la cláusula en cuestión. Con todo, dicha indemnización debiera operar en los casos de trabajadores no cubiertos por un instrumento colectivo.

3. Modelos jurídicos de reconocimiento de la sucesión empresarial

Podemos decir que, *grosso modo*, existen tres modelos jurídicos para enfrentar esta figura, a saber: a) países que no contemplan una norma general que regule la sucesión; b) países que lo reglamentan con miras a establecer la conservación del contrato de trabajo y las responsabilidades de los empresarios cedente y cesionario; c) países que, además de lo indicado en la letra anterior, establecen la obligación de un proceso de información y consultas con los trabajadores involucrados.

A continuación, se realizará un breve repaso de esta clasificación. Este tiene solo por objeto ilustrar el estado de la cuestión legal y jurisprudencial de tales países.

3.1. Países que no contemplan una norma general

En este grupo es posible mencionar a Perú y Uruguay. En dichos países, si bien no se contempla una disposición laboral que trate la sucesión empresarial, la doctrina y jurisprudencia sí reconoce la continuidad de los contratos de trabajo con el nuevo titular.

En primer lugar, veremos el caso de Perú, donde, como se indicaba, no existe una norma a este respecto. No obstante, se entiende que, por aplicación del “principio de continuidad de la relación laboral” –que inspira el ordenamiento peruano– el cambio de titularidad empresarial no puede comprometer los contratos de trabajo. La Corte Suprema

afirma que “es precisamente en base a este principio que es posible dicha transmisión sin la afectación del vínculo laboral”. Bajo tal premisa, añade que el nuevo titular tiene la obligación de “respetar el contrato laboral y todos los derechos laborales [...], incluidas las condiciones bajo las cuales se venían prestando los servicios”⁶⁶.

La doctrina sigue este criterio, Mejía Madrid sostiene así que, de acuerdo con esta continuidad, “los trabajadores acumulan el tiempo de servicios laborado para el anterior empleador para todo efecto y conservan los mismos beneficios que ya percibían por su labor sin importar su origen legal o convencional”⁶⁷.

Asimismo, el autor citado considera que este criterio, no solo debe estar dirigido a la mantención de los contratos de trabajo, sino también que el nuevo empleador debe responder por “las deudas de naturaleza laboral que hubieren sido generadas por el antiguo empleador (esto es, antes de la transmisión de empresa)”⁶⁸.

En segundo lugar, Uruguay es otro país que se encuentra en una situación similar a la precedente. No se contempla en la legislación uruguaya una regulación que, en términos generales, reglamente las consecuencias laborales en caso de un cambio de titularidad empresarial⁶⁹. De esta suerte, Garmendia señala que muchas de las soluciones jurídicas sobre esta cuestión provienen del “resultado de elaboraciones originadas en la producción doctrinaria”⁷⁰. El autor explica que la posición que predominó, por la doctrina y la jurisprudencia, fue aquella que defiende “la continuidad de los vínculos laborales”⁷¹.

Puede decirse que el Prof. Pla Rodríguez lideraba esta visión, en orden a que el trabajador se mantiene en “el mismo contrato de trabajo, aunque haya cambiado de empleador”⁷². Por este motivo, el cambio

66 Corte Suprema 30 de septiembre de 2013, Cas Lab. N° 1162-2013.

67 Renato Mejía Madrid, “Transmisión de empresa y relaciones laborales”, *Foro Jurídico*, núm. 6, 2006, p. 27, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18426>. En el mismo sentido, Corte Suprema 30 de septiembre de 2013, Cas Lab. N° 1162-2013.

68 Mejía Madrid, *op. cit.*, p. 27.

69 Plá, *op. cit.*, p. 244; Rossi Albert, *op. cit.*, p. 658.

70 Mario Garmendia Arigón, “Sucesión y transmisión de empresas en Uruguay”, *IUSLabor*, núm. 1, 2015, p. 77.

71 Garmendia, *op. cit.*, p. 79.

72 Plá, *op. cit.*, p. 243.

de titularidad de la empresa no puede implicar “la extinción de las relaciones individuales de trabajo, sino que éstas habrán de continuar con el adquirente o sucesor”⁷³.

Con todo, existen leyes que tratan la responsabilidad del empresario adquirente frente a créditos que estén pendientes desde antes de la sucesión. Parece así que el legislador le dio mayor importancia a clarificar este aspecto, que al mismo problema en sí de la continuidad o no del contrato de trabajo. En particular, se destacan la Ley N° 12.590 sobre el “régimen de licencias anuales” (es decir, feriado o vacaciones) y la Ley N° 10.570, sobre “indemnización por despido”. En la primera se dispone que “en los casos de enajenación a título universal o particular de un establecimiento, el adquirente y el enajenante serán solidariamente responsables del pago de los jornales de licencias adeudados” (cfr. artículo 13). En la segunda, se establece que “los sucesores, si los hubiere, responderán subsidiariamente de las indemnizaciones impagas” (cfr. artículo 3).

Surge la inquietud sobre qué sucede con otra clase de créditos, como, por ejemplo, si se adeudan remuneraciones. Aquí se considera que se debe aplicar la Ley N° 2.904 sobre “enajenación de establecimientos comerciales”. Esta ley exige que se informe del traspaso en virtud de una publicación. Si ella no se realiza, el adquirente pasa a ser responsable solidario, junto con el cedente, de los créditos pendientes. En cambio, si el aviso se publica, existen dos visiones: una que estima que el empresario adquirente no es responsable solidariamente, al interpretar *a contrario sensu* el criterio legal mencionado⁷⁴; la otra, que considera que igualmente dicho empresario es responsable solidario, sobre la base de la idea de “la irrenunciabilidad de los derechos” y “el interés fundamental de la colectividad en el cumplimiento del salario mínimo”⁷⁵.

En virtud de las leyes citadas, se deduce que el legislador entiende que el empresario entrante no puede desligarse de las deudas de su antecesor. Ahora bien, conforme a Plá Rodríguez, es posible sostener que dichas normativas se aplicarían, más bien, a la situación de aquellos trabajadores que ya no prestan servicios en la empresa. Pues, por aplicación del

73 Garmendia, *op. cit.*, p. 79.

74 *Ibid.*

75 *Ibid.* Sobre esta problemática, véase también Rossi Albert, *op. cit.*, pp. 667 y ss.

principio de continuidad, en relación con las deudas que se mantienen con dependientes que siguen en la compañía, el empresario cesionario debería responder de su cumplimiento, aun cuando se hayan originado con anterioridad a su llegada⁷⁶.

3.2. Países que regulan la figura

Existen también ordenamientos que sí contemplan una norma laboral referida a las transferencias de empresas. Básicamente, estas disposiciones apuntan a asegurar la continuidad de las relaciones laborales de aquellos trabajadores que se encuentran prestando servicios en la empresa. A su vez, en algunas de estas regulaciones se establece una responsabilidad (directa o solidaria) para el empresario adquirente respecto de deudas laborales que existan con anterioridad al traspaso.

En este grupo de ordenamientos es posible incluir los de Chile, Argentina y Brasil en los que nos centraremos a continuación.

3.2.1. Sucesión empresarial en Chile

A) Primera fase. Conservación del contrato

En Chile la figura de la sucesión de empresas se contiene en el párrafo 2º del artículo 4 del Código del Trabajo, que contiene el siguiente tenor: "Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores".

El origen de esta norma se encuentra en la Ley N° 18.018 de 14 de agosto de 1981, que la incorpora en el ordenamiento laboral chileno. Su objetivo consistía en resolver la discusión existente, hasta ese momento, sobre si el cambio de la titularidad de la empresa constituía una causal de cese de la relación laboral. En particular, si era procedente o no aplicar la causal de término de contrato de

⁷⁶ Plá Rodríguez, *op. cit.*, pp. 242 y 243.

conclusión de trabajo o servicio⁷⁷. Si bien existían diferentes corrientes en la jurisprudencia, finalmente con esta norma se pretendía solucionar “en forma definitiva, la polémica sobre el hecho que, si al cambiar el dueño de la empresa procede o no el despido de los trabajadores, su recontractación, etc.”⁷⁸. En definitiva, el artículo 4º, párrafo 2º, del Código del Trabajo, determinó que el cambio de titular de la empresa no podía configurar una causal de resolución contractual. De este modo, los contratos de trabajo (individuales y colectivos) mantenían su vigencia con el nuevo empleador.

B) Segunda fase. Ampliación de la responsabilidad del cesionario

El artículo 4, párrafo 2º, del Código del Trabajo, no se refiere a la situación de las deudas laborales pendientes al momento de la transferencia de la empresa. No obstante, la jurisprudencia ha estimado que esta norma no solo implica que se mantiene la relación laboral con el nuevo titular, sino que este debe asumir las deudas laborales que se generaron con el anterior empleador⁷⁹, tales como, indemnizaciones por despido injustificado, despido indirecto, nulidad de despido, tercerías de posesión por embargos sobre bienes del nuevo titular de la empresa, etc.⁸⁰. En buena parte, esta posición se fundamenta en la aplicación del principio de continuidad, pues se estima que el nuevo titular de la empresa, como subroga contractualmente a su predecesor, debe responder también por los créditos insolutos⁸¹.

Un sector de la doctrina concuerda con este criterio. Jofre Bustos estima así que el nuevo titular debe asumir esas obligaciones, pues en caso contrario sería bastante probable la elusión de los derechos laborales incumplidos por el empleador anterior⁸². En contra, Thayer y Novoa sostienen que, el artículo 4º, párrafo 2º, del Código del

77 Olavarría Rodríguez, *op. cit.*, p. 226.

78 Informa proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N° 2.200, de 1978, y otras disposiciones en materia laboral, de 10 de junio de 1981, 3-4.

79 Véase Corte Suprema, 17 de marzo de 2016, Rol 8542-2015; Corte de Apelaciones de Santiago 20 de mayo de 2015, Rol 334-2015.

80 Olavarría Rodríguez, *op. cit.*, p. 235.

81 Sobre la aplicación del principio de continuidad, véase Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de mayo de 2015, Rol 50-2015.

82 Jofré Bustos, *op. cit.*, p. 155.

Trabajo, contempla exclusivamente la continuidad de la relación laboral y la subsistencia de lo convenido. De esta manera, el nuevo titular no sería responsable por conceptos pendientes de pago por parte de su antecesor⁸³.

Este criterio jurisprudencial se ha extendido también a obligaciones pendientes respecto de trabajadores que ya no laboran en la empresa al momento en que fue transferida. En este sentido, la Corte Suprema sostiene que “en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Código del Trabajo, y considerando que la norma no hace distinciones respecto de la vigencia de los contratos de trabajo, no resulta oponible a los trabajadores las modificaciones jurídicas sufridas en el dominio, posesión o tenencia de la empresa”⁸⁴.

Por último, cabe señalar que existe una normativa especial tratándose de deudas previsionales. En particular, se establece que los empresarios cedente y cesionario (adquirente o arrendador) de la empresa responderán solidariamente del “pago de las cotizaciones y demás aportes legales que se adeudaren a las instituciones de seguridad social” (cfr. artículo 19, párrafo 1º, de la Ley N° 17.322). Sin embargo, el empresario adquirente no será responsable de dichas deudas cuando “en el instrumento público o privado que se otorgue se inserte un certificado de o de las instituciones de seguridad social respectivas que acredite que la persona que transfiere o da en arrendamiento se encuentra al día en el pago de las cotizaciones y aportes legales” (cfr. artículo 19, párrafo 2º, de la Ley N° 17.322)⁸⁵. Para ello, se debe consignar en el instrumento respectivo, si en la empresa (o unidad de esta) que se transfiere, “trabajaban empleados u obreros” (artículo 19, párrafo 2º, de la Ley N° 17.322).

83 Thayer y Novoa, *op. cit.*, p. 173.

84 Corte Suprema, 18 de diciembre de 2012, Rol 3958-2012.

85 Véase Corte de Apelaciones de Rancagua, 3 de junio de 2013, Rol N° 44-2013.

3.2.2. Sucesión empresarial en Argentina

A) Sobre la conservación del contrato de trabajo

En la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina (en adelante "LCT") se regula la figura de "la transferencia de establecimiento". Se dispone así que "en caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquéllas que se originen con motivo de la misma" (cfr. artículo 225 de la LCT). Luego, se consigna que "el contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven" (cfr. artículo 225 de la LCT).

Sobre la base de estas normas, Candal señala que existe una suerte de "indemnidad de la relación de trabajo" frente al cambio de titular de la empresa⁸⁶. En ese orden, Guisado apunta que se produce *ope legis* "una sucesión en la relación laboral, de manera que el nuevo empleador pasa a ocupar el lugar del primero"⁸⁷. De esta forma, el autor concluye que el nuevo empleador se constituye en deudor exclusivo de las obligaciones futuras, con "expreso reconocimiento de los derechos que, en razón de la antigüedad anterior, toma a su cargo"⁸⁸. Es decir, el cambio de titularidad no tendrá incidencia sobre "la duración de las relaciones de trabajo vigentes al momento de producirse la transmisión"⁸⁹.

Con todo, el trabajador podrá considerar como extinguido su contrato, si la transferencia del establecimiento le significara un perjuicio⁹⁰, para ello se ponderará "especialmente los casos en que, por razón de la transferencia, se cambia el objeto de la explotación, se alteran las funciones, cargo o empleo, o si mediere una separación

86 Candal, *op. cit.*, 622.

87 Héctor Guisado, "Las alteraciones en el desarrollo de la relación", *Derecho del trabajo* (dir. Jorge Rodríguez Mancini), t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 75.

88 Guisado, *op. cit.*, p. 69.

89 Candal, *op. cit.*, p. 619.

90 Para esto se efectúa una remisión al artículo 222 de la Ley de Contrato de Trabajo, véase Antonio Vázquez Vialard, *Derecho del trabajo*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 555.

entre diversas secciones, dependencia o sucursales de la empresa, de modo que se derive de ello disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador” (cfr. 226 de la LCT).

B) Responsabilidad solidaria entre empresarios cedente y cesionario

En este caso, se establece un régimen de solidaridad entre “el transmitente y el adquirente de un establecimiento”, en relación con “las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión y que afectaren a aquél” (cfr. artículo 228 de la LCT). Tal solidaridad operará “ya sea que la transmisión se haya efectuado para surtir efectos en forma permanente o en forma transitoria” (cfr. artículo 228 de la LCT).

En virtud de dicho artículo, es posible observar dos principales efectos de la transferencia de la empresa. En primer lugar, la conservación de las relaciones de trabajo. En segundo lugar, que el cesionario se hace responsable (solidario) de las deudas laborales pendientes⁹¹.

Se discutió si esta solidaridad comprendía también los créditos pendientes de trabajadores cuya relación de trabajo había cesado antes de la transferencia. A este respecto, resulta relevante la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario Baglieri, en el que se resuelve que “el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el artículo 228 de la LCT, es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de las relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión”⁹². La doctora Zapatero de Ruckauf, que concurrió al fallo, estuvo de acuerdo con este criterio, bajo el argumento de que se “le da así al trabajador, la garantía de que el cambio de titularidad del establecimiento, no lo dejará desamparado, en el caso de que tuviera créditos emergentes de un contrato de trabajo con el transmitente, ante una eventual insolvencia del adquirente o posibles maniobras de vaciamiento que afectaran el patrimonio con el que deba responder este último”⁹³.

91 Etala, *op. cit.*, p. 202.

92 A juicio de Candal, el mejor fundamento para dicha decisión tiene que apuntar a “la interpretación gramatical de la frase, donde la expresión *emergentes* y *existentes* se refiere a las *obligaciones* y no al contrato de trabajo, ya que está redactado en singular y la expresión existentes está en plural, al igual que el término *obligaciones*”, Candal, *op. cit.*, p. 623.

93 En esa línea, y centrándose en la exégesis del artículo 228 LCT, la doctora Pasini, que es parte del plenario, sostiene que “el referido artículo no efectúa ninguna distinción acerca de si la

3.2.3. Sucesión empresarial en Brasil

La regulación brasileña sigue un esquema similar a las legislaciones recién analizadas en lo relativo a establecer la continuidad de los contratos de trabajo. En ese orden, el artículo 448 de la Consolidação das Leis do Trabalho (Consolidación de Leyes del Trabajo; en adelante CLT) dispone que “el cambio en la propiedad o estructura jurídica de la empresa no afectará los contratos de trabajos de los respectivos empleados”⁹⁴. Por su parte, el artículo 10 de la CLT establece que “cualquier alteración en la estructura jurídica de la empresa no afectará los derechos adquiridos por sus empleados”.

La CLT se hace cargo también de la situación de las deudas pendientes. Se prescribe así que “las obligaciones en favor de los trabajadores, inclusive las contraídas en la época en que los empleados trabajaban para la empresa cedida, son de responsabilidad del sucesor” (cfr. artículo 448-A de la CLT).

En virtud estas normas, se entiende que el empleador cesionario tiene que responder por “el pasado, presente y futuro de los contratos de trabajo”⁹⁵. Por tanto, este nuevo titular asume en su “totalidad, el papel de empleador, contabilizando toda la historia del contrato de trabajo”⁹⁶.

Como vimos, el empleador cesionario se debe hacer cargo, de forma exclusiva, de las deudas pendientes antes de la transferencia. En principio, no se contempla una responsabilidad solidaria en conjunto con el empresario cedente. Con todo, dicha responsabilidad se genera cuando se “encuentre comprobado fraude en la transferencia” (cfr. artículo 448 de la CLT).

relación de trabajo de la que emanaron tales obligaciones se encontraba vigente o extinguida a la época de la transferencia. Es por ello que la solidaridad impuesta por la ley no puede circunscribirse solo a casos en que los contratos de trabajo se encontraban vigentes a la fecha del traspaso y el fin querido por la norma, se produce aunque tal contrato se hubiera extinguido con anterioridad al mismo”.

94 La traducción es del autor de este artículo.

95 Maurício Godinho Delgado, “Sucessão trabalhista: a renova o interpretativa da velha lei em vista de fatos novos”, *Revista do tribunal regional do trabalho da 3ª Região*, núm. 29, Jan/Jun, 1999, p. 96.

96 Renata Albuquerque Lima y Luís Gustavo Magalhães Mesquita, “O empregador e a sucessão trabalhista: efeitos e suas exceções de acordo com o entendimento jurisprudencial”, p. 12, disponible en <https://silo.tips/download/o-empregador-e-a-sucessao-trabalhista-efeitos-e-suas-exceoes-de-acordo-com-o-ent>.

3.3. Sobre el derecho de información y consulta. Sucesión empresarial en España

En materia de sucesión el ordenamiento español refleja, en buena medida, la normativa europea contenida, principalmente, en la Directiva 2001/23/CE. Esta regulación está dirigida a tratar dos grandes temas. El primero, relativo a asegurar la conservación del contrato de trabajo y garantizar el cumplimiento de las deudas laborales pendientes; todo esto en términos similares a lo visto respecto a otros países en los apartados precedentes. El segundo, referido al derecho de información y consulta que se contempla para los trabajadores. A continuación, se repasará cada uno de ellos.

A) Conservación del contrato y responsabilidad de los empresarios

Como se indicaba, en España el régimen de sucesión es similar a los otros ordenamientos, en cuanto a que “el cambio de titular de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral” (cfr. artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores). Se establece así, de forma expresa, que el nuevo empresario se subroga en “los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior” (cfr. artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores).

Se comprende también el caso de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión, que se encuentren pendientes de cumplimiento. Sobre el particular, se consigna que “el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años” (cfr. artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores)⁹⁷. Desdentado Bonete estima que se trata de una “responsabilidad excepcional creada por la ley, con la finalidad de establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales y, sin duda, también para prevenir posibles fraudes”⁹⁸.

Cabe señalar que las deudas pendientes pueden corresponder a trabajadores cuyos contratos se encuentren vigentes después de la transferencia, como de aquellos cuya relación laboral haya finalizado con

97 El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito (cfr. artículo 44.3, Estatuto de los Trabajadores).

98 Desdentado Bonete, *op. cit.*, p. 258.

anterioridad⁹⁹. Se indica que esta atribución de responsabilidad solidaria al nuevo titular de la empresa supone que responde frente a terceros, pero no hace suya la titularidad de la deuda, de modo que, en caso de que efectúe el pago, podrá reclamar su abono al anterior empresario¹⁰⁰. Como se mencionaba, el ordenamiento español presenta una gran diferencia en comparación con las legislaciones antes vistas. Esta diferencia consiste en que la normativa española impone a los empresarios cedente y cesionario la obligación de informar y consultar a sus trabajadores sobre la transferencia que llevarán a efecto. Precisamente, este aspecto será tratado brevemente en el apartado siguiente.

B) Derecho de información y consulta

En la Directiva 2001/23/CE sobre “mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas”, una de las materias tratada tiene relación con el derecho de la referencia, en particular su capítulo III se titula “Información y consulta”. Este capítulo ha sido transpuesto en gran parte en el ordenamiento español en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta norma establece que los empresarios cedente y cesionario deberán informar a los representantes de sus trabajadores respectivos sobre los puntos siguientes: la fecha prevista del traspaso; sus motivos; consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores; medidas previstas respecto de ellos (cfr. artículo 44.6 del Estatuto de los Trabajadores). García Marín ilustra, a vía ejemplar, algunas hipótesis de estas consecuencias: las jurídicas, podrían referirse a si se pasa de una empresa pública a una privada; las económicas, sobre cuestiones como clarificar el giro de la adquirente, su grado de solvencia, etc., y las laborales, relacionadas con aspectos, tales como el cambio de funciones, una modificación de lugar de trabajo, si se pretende mantener el mismo número de trabajadores, etc.¹⁰¹.

99 Véase David Martínez Saldaña, “Consecuencias jurídicas derivadas de la existencia de la sucesión de empresas”, *Sucesión de empresas* (coord. David Martínez), Thomson Reuters, Lex Nova, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 227. Por otro lado, cabe señalar que el cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito (cfr. artículo 44.3, Estatuto de los Trabajadores).

100 Jesús R. Mercader Uguina, *Lecciones de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 588.

101 Fernando Valdés Dal-Ré, “Las garantías colectivas en la transmisión de empresas”, *Relaciones Laborales*, La Ley Digital, núm. 11/12, 2002, p. 17.

A su vez, si la sucesión implica la adopción de “medidas” respecto de los trabajadores, se genera el derecho de consulta para aquellos. Los empresarios cedente y cesionario estarán obligados a requerir la opinión de los representantes de sus trabajadores en relación con tales medidas con el fin de llegar a un acuerdo (cfr. artículo 44.9 del Estatuto de los Trabajadores). La norma española –como la comunitaria– solo utiliza el término “medidas”, sin que se especifique sobre los aspectos que puede comprender. De esta forma, corresponde adoptar un criterio amplio sobre el particular. Valdés Dal-Ré sostiene que incluiría “cualquier medida que altere la posición contractual de los trabajadores al amparo del ejercicio de poderes empresariales distintos de los poderes fuertes de dirección”¹⁰².

Cabe destacar que este período se considera como una “auténtica negociación”¹⁰³. Se dispone así que “durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo” (cfr. artículo 44.9 del Estatuto de los Trabajadores). De este modo, este periodo de consultas es un “verdadero proceso de negociación”, que debe estar orientado por “el principio de la buena fe”¹⁰⁴. En definitiva, los empresarios y los representantes de los trabajadores tendrán que negociar con miras a lograr un acuerdo sobre las medidas a adoptar”¹⁰⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario clarificar que estas obligaciones de información y consulta son básicamente formales, en cuanto a que su incumplimiento no impedirá la transmisión de la empresa. Eso sí, la inobservancia de estas importa un hecho constitutivo de infracción administrativa grave en materia de relaciones laborales¹⁰⁶.

102 Valdés Dal-Ré, *op. cit.*, p. 18. Con todo, la norma citada se remite a los procedimientos respectivos en caso que las medidas consistan en “traslados colectivos” (corresponde aplicar el artículo 40.2 del Estatuto de los Trabajadores) o en “modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo” (corresponde aplicar el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores); véase Rosario Cristóbal Roncero, “Los derechos de los representantes de los trabajadores en la transmisión de empresas”, *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dir. Joaquín García Murcia), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 465.

103 Salvador del Rey Guanter, “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo del TRET”, 2001, disponible en https://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_101.pdf, p. 9

104 Valdés Dal-Ré, *op. cit.*, p. 18.

105 Josep Moreno Gené, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 172.

106 Véase Cristóbal Roncero, *op. cit.*, p. 462.

En los ordenamientos latinoamericanos analizados no se contempla dicha clase de obligación. Por cierto, en Chile no existe el derecho de información de los trabajadores. Por tal motivo, la doctrina se muestra disconforme frente a esta deficiencia legal, toda vez que la sustitución del empleador representa de por sí una modificación relevante del contrato de trabajo. En tal sentido, se entiende que los trabajadores tendrían que estar al tanto del cambio de la titularidad y las implicancias laborales que conlleva¹⁰⁷. Sobre todo, en un contexto como el chileno, donde se observa que “un porcentaje significativamente mayor de firmas no informan ni consultan a sus trabajadores respecto de las decisiones vinculadas a estos ámbitos”¹⁰⁸.

Concuerdo con dichas críticas, pues ante un evento de tal trascendencia en la relación laboral, es necesario que los trabajadores tengan claridad sobre una serie de aspectos que integran la operación. Siguiendo a Candal, los trabajadores no pueden tener “un rol meramente pasivo ante un hecho tan relevante para sus intereses” como es la sustitución de su empleador¹⁰⁹. Es más, conforme a este autor, en muchas ocasiones, los conflictos que se producen por una transferencia están relacionados con “la incertidumbre que genera la falta de información, más que a una perspectiva fundada de afectación de los derechos de los trabajadores”¹¹⁰.

Por estas razones, sería necesaria la existencia de un proceso de información, que debiera aludir a los siguientes aspectos. Por una parte, cuestiones simples, tales como la fecha efectiva del traspaso, quien será el nuevo empleador, su historia y características como empresario, etc. Por otra, si tendrá o no implicancias para todos o una parte del personal que trabaja en ambas empresas. Asimismo, los trabajadores tendrían que contar con la oportunidad formal de ser escuchados y dar a conocer sus inquietudes y planteamientos.

En virtud de esta clase de instancia, los empresarios podrán tomar en consideración, a la hora de implementar la transferencia, varias de las propuestas e inquietudes de los trabajadores. A su vez, los trabajadores

107 Jofre, pp. 64 y 65. Irene Rojas Miño, *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 98. También sucede lo mismo en la doctrina argentina, véase, Candal, *op. cit.*, p. 638.

108 Dirección Nacional del Trabajo: *Octava Encuesta Laboral (ENCLA)*, 2014, p. 217, disponible https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-108317_recurso_1.pdf.

109 Candal, *op. cit.*, p. 639.

110 *Ibid.*

que prestan sus servicios para los empresarios cedente y cesionario podrán tener contactos entre ellos, y así estar al tanto de la realidad de ambas empresas, por ejemplo, en cuestiones sindicales, la existencia de instrumentos colectivos vigentes, etc. Al mismo tiempo, cada trabajador de la empresa transferida, sobre la base de la información recibida, tendrá claridad sobre si decide o no continuar en la misma, pero para ello es necesario que cuente con las opciones que veíamos en el apartado de la libertad de trabajo (véase II.2.3).

4. Conclusiones

- La normativa sobre sucesión de empresa obedece, en los distintos países, a una política de los Estados, con la finalidad de conservar la vigencia de los contratos de trabajo y así proteger el empleo de los trabajadores. Dicha política se inspira en el principio de continuidad de las relaciones laborales. Este se utiliza, además, como una herramienta de interpretación para fijar los efectos laborales de la sucesión, sobre todo en los países que no cuentan con una norma general sobre la materia (Perú y Uruguay) o en aquellos cuya regulación resulta bastante escueta (Chile).
- De acuerdo con dichos criterios, todos los países analizados coinciden en reconocer (legal o jurisprudencialmente) tanto la continuidad de los contratos de trabajos con el nuevo titular de la empresa como que este se hace responsable de las deudas pendientes, ya sea directa o solidariamente, dependiendo de cada ordenamiento.
- El contrato de trabajo vincula al trabajador con el empleador, sin embargo, la empresa se presenta como la piedra angular que permite sostener la continuidad de los trabajadores, que, a la vez, conforman una parte esencial de esta. Por ser un ente autónomo, posibilita, justamente, que no resulte complejo que opere la sustitución del empleador en el contrato, y, a la vez, que este prosiga con un nuevo contratante.
- Frente al cambio de empleador, el trabajador debería contar con un mayor derecho a decidir sobre su calidad de parte en el contrato de

trabajo. Si opta por no continuar en su empleo, le correspondería obtener, en principio, una indemnización fijada en un instrumento colectivo o en subsidio en la ley.

- Es relevante que los trabajadores de los empresarios cedente y cesionario cuenten con un derecho de información y consulta, como sucede en la Unión Europea, con la finalidad que tengan claridad sobre una serie de aspectos de la transferencia, tales como, la fecha de su concreción, realidad de las empresas donde laboran, consecuencias y medidas que se pretenden implementar, etc. Todo esto para que puedan presentar sus planteamientos e inquietudes y los empresarios los tengan en consideración al momento de materializar la operación.

Bibliografía

- Albuquerque Lima, Renata y Luís Gustavo Magalhães Mesquita. "O empregador e a sucessão trabalhista: efeitos e suas exceções de acordo com o entendimento jurisprudencial", p. 12, disponible en <https://silo.tips/download/o-empregador-e-a-sucessao-trabalhista-efeitos-e-suas-exceoes-de-acordo-com-o-ent>.
- Alonso García, Manuel. *Cursos de derecho del trabajo*, Ariel, Madrid, 1980.
- Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Baamonde. *Derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 2006.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. "Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma", *IUSLabor*, núm. 1, 2017.
- Borrajó Dacruz, Efrén. *Introducción al derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2002.
- Bronfman Vargas, Alan; José Ignacio Martínez Estay y Manuel Núñez Poblete. *Constitución Política comentada*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2012.
- Candal, Pablo. "La regulación jurídico-laboral de la transmisión de empresas", *Las transformaciones de empresas en el Derecho del Trabajo* (compiladores Mario Ackerman y Diego Tosca), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.

- Calvo Gallego, Francisco Javier. "Régimen jurídico del contrato de trabajo. Transmisión de empresas, sucesión de contratados y sector público", *Temas Laborales*, núm. 114, 2012.
- Carrasco Oñate, Celine. "Experiencias de buenas prácticas laborales", *Cuaderno de Investigación*, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, núm. 57, Santiago, 2015.
- Cavas Martínez, Faustino. "Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas", *Aranzadi Social*, núm. 14, 2005.
- Cristóbal Roncero, Rosario. "Los derechos de los representantes de los trabajadores en la transmisión de empresas", *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dir. Joaquín García Murcia), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- Cruz Villalón, Jesús. *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2019.
- De la Puebla Pinilla, Ana. "La sucesión de empresa", *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (dir. Luis Enrique de la Villa), Iustel, Madrid, 2011.
- Del Rey Guanter, Salvador. "El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo del TRET", 2001, disponible en http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_101.pdf.
- Desdentado Bonete, Aurelio. "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002.
- Diéguez Cuervo, Gonzalo. "Empresarios con personalidad plural (La secuela última de un concepto equívoco)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108, 2001.
- Etala, Carlos. *Contrato de Trabajo*, t. 2, Buenos Aires, 2010.
- Gamonal Contreras, Sergio. *Fundamentos de derecho del laboral*, Der Ediciones, Santiago, 2020.
- García Murcia, Joaquín. "Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa", *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dir. Joaquín García Murcia), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

- García-Perrote Escartín, Ignacio y Jesús Mercader Uguina (2011). "Alto cargos y transmisión de empresas: una necesaria unificación de doctrina", *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2011.
- Garmendia Arigón, Mario. "Sucesión y transmisión de empresas en Uruguay", *IUSLabor*, núm.1, 2015.
- Godinho Delgado, Maurício. "Sucessão trabalhista: a renovação interpretativa da velha lei em vista de fatos novos", *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, núm. 29, Jan./Jun., 1999.
- Gómez Arbós, Juan. "La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016.
- González Ortega, Santiago, Marcial Sequeira de Fuentes y Luis Tejedor Redondo, *Derecho del trabajo de la empresa*, Colex, Madrid, 2001.
- Guisado, Héctor. "Las alteraciones en el desarrollo de la relación", *Derecho del trabajo* (dir. Jorge Rodríguez Mancini), t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- Irureta Uriarte, Pedro. "La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo", *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 2014, 1.º semestre.
- Jofre Bustos, María Soledad. *La sucesión de empresas en el derecho del trabajo chileno*, tesis de magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Talca, 2014.
- López Santa María, Jorge y Fabián Elorriaga de Bonis. *Los contratos. Parte general*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.
- Marín Correa, José María. "La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004.
- Martín Valverde, Antonio, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Joaquín García Murcia. *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006.
- Martínez Saldaña, David. "Consecuencias jurídicas derivadas de la existencia de la sucesión de empresas", *Sucesión de empresas* (coord. David Martínez), Thomson Reuters, Lex Nova, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- Mejía Madrid, Renato. "Transmisión de empresa y relaciones laborales", *Foro Jurídico*, núm. 6, 2006, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18426>.

- Mercader Uguina, Jesús R. *Lecciones de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Monereo Pérez, José Luis. *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.
- Moreno Gené, Josep. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 172.
- Olavarría Rodríguez, Cristián. "Obligaciones del nuevo titular de la empresa. Revisión jurisprudencial del artículo 4º, inciso 2º del Código del Trabajo", *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 33, 2016.
- Palavecino Cáceres, Claudio. "Cesión del contrato de trabajo por transferencia de la empresa", *Revista Laboral Chile*, julio 2017.
- Plá Rodríguez, Américo. *Los principios de derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.
- Rodríguez Cardo, Iván Antonio. "Sucesión de empresas y 'ius resistendae' del trabajador", *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dir. Joaquín García Murcia), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- Rojas Miño, Irene. *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- Rojas Miño, Irene y Andrés Aylwin Chiorrini. *Los grupos de empresas en el derecho chileno del trabajo*, LegalPublishing, Santiago, 2007.
- Rossi Albert, Rosina. "La regulación jurídico-laboral de la transmisión de empresas. Transmisión de empresas en el ordenamiento jurídico uruguayo", *Las transformaciones de empresas en el derecho del trabajo* (compiladores Mario Ackerman y Diego Tosca), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- Steffan, Ralf. "BGB § 613a, marg. 229-230", en *Kündigungrecht*, Reiner Ascheid, Ulrich Preis y Ingrid Schmidt (dirs.), 2017, Beck, München.
- Thayer Arteaga, William, y Patricio Novoa Fuenzalida. *Manual de derecho del trabajo. Derecho individual de trabajo*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, tomo II.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. "Las garantías colectivas en la transmisión de empresas", *Relaciones Laborales*, La Ley Digital, núm. 11/12, 2002.
- Vázquez Vialard, Antonio. *Derecho del Trabajo*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1996.

La acción colectiva en el proceso de trabajo. Una visión comparada

Adolfo Ciudad Reynaud

LA ACCIÓN COLECTIVA EN EL PROCESO DE TRABAJO. UNA VISIÓN COMPARADA

Adolfo Ciudad Reynaud*

Sumario: 1. La importancia de la acción colectiva. 2. Clases de conflictos jurídicos colectivos. 3. El caso de Perú. 4. Fundamentos de modalidades especiales. 4.1. Definición, objeto del proceso de conflicto colectivo y pretensiones admisibles. 4.2. Características especiales de la demanda y la sentencia colectiva. 4.3. La ejecución colectiva. 4.4. La legitimación activa para obrar de forma colectiva. 5. La situación de los países de la región. 5.1. Argentina. 5.2. Costa Rica. 5.3. México. 5.4. Nicaragua. 5.5. Uruguay. 5.6. Venezuela.

Como se señala en la presentación de esta obra del Grupo Quisqueya, el conocimiento de sistemas jurídicos extranjeros refuerza la comprensión del propio sistema nacional, pues permite conocer las ventajas que ofrecen instituciones jurídicas que se han desarrollado y afianzado en otros países, en nuestro caso, que contribuyan a una mejor solución de los conflictos laborales. Así, se puede encontrar orientación y alternativas que tal vez en nuestros sistemas nacionales no se han implementado debido a un contexto histórico y cultural distinto. De igual forma, conocer en términos comparados los incipientes estados de desarrollo de determinadas instituciones procesales en algunos países posibilita comprender el estado en que se encuentran en una determinada región como la nuestra.

* Abogado y magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú; estudios de posgrado en la Universidad Autónoma de Madrid; profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue especialista principal en Legislación Laboral y Administración del Trabajo de la OIT. Exasesor principal de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. Exinspector de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Expresidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Actual directivo de la Asociación Peruana de Laboralistas (APL). Fue distinguido con la condecoración de la Orden del Trabajo por el Estado peruano.

En ese sentido, el presente artículo pretende destacar la importancia de la acción colectiva en el proceso del trabajo y aportar una visión del estado actual en algunos de los países que comprenden esta obra. El tema de la acción colectiva en el proceso de trabajo es transversal a todos los países de los laboristas que participamos en este libro, en la medida que da cuenta de la capacidad de defensa colectiva de los derechos laborales en el trabajo en general, y por tanto, comprende los distintos temas abordados: trabajo autónomo, teletrabajo, discriminación en el empleo, trabajo a través de plataformas digitales, trabajo de los inmigrantes, trabajo en época de coronavirus, trabajo temporal, trabajo informal y garantías de los trabajadores ante el cambio de empresario, entre muchas otras materias relativas al trabajo prestado bajo relación de dependencia.

1. La importancia de la acción colectiva

El derecho colectivo tiene extremada importancia para el derecho del trabajo, ya que sin él los trabajadores carecen de la acción colectiva que balancea el poder del empresario, quien goza del poder directriz y del poder disciplinario. Como dice Luis Enrique de la Villa Gil, “a falta de un derecho colectivo del trabajo, el llamado derecho individual sobre la relación singular de trabajo corre el riesgo de diluirse en la teoría general de las obligaciones y contratos”¹. El derecho del trabajo es un todo que conforma una unidad indisoluble entre el derecho individual, el derecho colectivo y el derecho procesal del trabajo, de manera tal que la falta de uno de ellos haría perder la esencia de nuestra disciplina. Sin libertad sindical, negociación colectiva y huelga, el empleador impondría sus condiciones de forma unilateral, vertical y antidemocrática, ya que los trabajadores no podrían constituirse en un contrapeso que equilibre el poder del empresario. Por tal razón, la OIT ha destacado la libertad sindical y la negociación colectiva como principios y derechos fundamentales en la declaración sobre la materia aprobada con el consenso tripartito mundial en 1998. Y le ha otorgado tanta fuerza, que tales principios, junto con la igualdad y la no discriminación, la eliminación del trabajo infantil y la erradicación del trabajo, son de aplicación obligatoria para

1 Luis Enrique de la Villa Gil, prólogo del libro de Adolfo Ciudad Reynaud, *Conflicto colectivo jurídico y proceso de trabajo*, Editorial Palestra, Lima 2020, p. 14.

todos los Estados miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios internacionales sobre esas materias, por el solo hecho de su mera pertenencia a dicha organización.

Las organizaciones sindicales ejercen su función de representación de los intereses de los trabajadores, de una parte, a través de la autonomía colectiva, en defensa del interés colectivo, mediante la negociación de convenios colectivos para la mejora de las remuneraciones y condiciones de trabajo de los trabajadores a los que representa. En tales casos, estamos frente a un conflicto económico, de creación o revisión de derecho, donde la pretensión de los sindicatos es lograr nuevos derechos o la modificación de los derechos ya adquiridos. Este es, metafóricamente hablando, uno de los dos brazos de las organizaciones sindicales. Pero el otro brazo, no menos importante, es la capacidad de participar en los conflictos jurídicos, también denominados de derecho, que se suscitan por el incumplimiento de una norma jurídica legal o convencional que afecta el interés colectivo de los trabajadores representados por el sindicato. No se trata del ejercicio de la autonomía colectiva para celebrar convenios colectivos, sino de ejercer de forma heterónoma su poder de representación para hacer cumplir tales convenios, o la ley o la costumbre, ante el incumplimiento por parte del empleador.

Por ello, estimamos que en materia de estadísticas del trabajo hay dos indicadores de gran importancia que dan cuenta del grado de protección del derecho del trabajo y de la calidad del modelo de relaciones de trabajo, en el sentido de si este es democrático o más bien autoritario. Nos referimos a la tasa de sindicalización y la cobertura de los convenios colectivos. Mientras mayor sean ambos indicadores, nos encontraremos frente a modelos democráticos de relaciones de trabajo, donde prima el diálogo social, el acuerdo y la cooperación.

Por estas razones, resulta particularmente relevante que los sistemas de relaciones de trabajo se vean favorecidos por decisiones de los actores políticos de la sociedad para promover la libertad sindical, así como remover los obstáculos que impiden la negociación colectiva. Entre estos factores destacan el grado de estabilidad en el trabajo, la protección frente al despido, la restricción de los contratos temporales, la limitación de la tercerización y la subcontratación, entre otros.

Pero, de otra parte, es necesario prestar mucha atención a las dificultades que las organizaciones sindicales deben enfrentar en la defensa de los derechos laborales de los trabajadores que representan, y ahí estamos frente a las carencias de un conjunto sistemático de modalidades especiales para procesar conflictos colectivos jurídicos en materia laboral, cuando se afectan intereses generales de un grupo genérico o categoría de trabajadores. Esto ha ocasionado, en algunos países, como Perú, la desaparición, prácticamente, de las acciones colectivas de la jurisdicción laboral y la preferencia por las acciones individuales en lugar de una solución concentrada.

Ello implica la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores al imponerse restricciones o barreras que les impiden acceder a la justicia de forma colectiva a través de sus organizaciones sindicales. Se afecta también el derecho fundamental de la libertad sindical al restringir la capacidad de defensa de los sindicatos que les reconocen las constituciones políticas, el Convenio 87 de la OIT y otros tratados sobre derechos humanos que conforman los bloques de constitucionalidad en nuestros países.

Debe tenerse en cuenta que el derecho laboral comparte la preocupación con el derecho procesal civil y procesal constitucional por la tutela de los intereses y derechos colectivos de los ciudadanos cuando se afecta a una pluralidad de sujetos en sus distintas acepciones. La protección de los derechos colectivos ha sido una constante desde hace siglos, a través de las acciones populares del Derecho Romano o en los países del *common law*, a través de las acciones de clase que tuvieron un origen medieval. Posteriormente, se fue creando una tradición jurídica centrada en lo individual, hasta que vuelven a valorarse los intereses colectivos que requieren otra forma de protección distinta de la individual.

Las acciones colectivas han supuesto una revolución, pues implicó reelaborar gran parte de las instituciones sobre las que se asienta la teoría general del proceso (acción, legitimación, ejecución, entre otros), la cual debió adaptarse a las necesidades de los ciudadanos que reclamaron la tutela colectiva de derechos que afectan a todo un grupo o categoría de personas.

Diversos son los fundamentos en los que se basa la conveniencia de accionar de forma colectiva en lugar de hacerlo individualmente, donde destaca el economizar insumos, pues si podemos concentrar cientos o miles de reclamos en un solo litigio, ahorraremos insumos materiales y humanos para obtener el mismo resultado, y, además, los tribunales no se verán colapsados por reclamos repetitivos y podrían atender otros reclamos, sin incurrir en sentencias contradictorias.

Por esto, los procesos colectivos tienen implicancias políticas, sociales y económicas en la medida que constituyen potentes herramientas de tratamiento jurisdiccional de los conflictos e instrumentos de acceso a la justicia.

Así, el proceso de conflicto colectivo posibilita colectivizar la acción procesal mediante el ejercicio de una única acción en el ámbito de la empresa o superior a ella para ventilar las legítimas discrepancias o conflictos que habitualmente surgen en la interpretación de los convenios colectivos y de otras normas laborales. El objeto de esta modalidad procesal son las cuestiones que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, relativas a la aplicación o interpretación de una norma, convenio colectivo o una decisión práctica de la empresa. Es el interés general de un grupo de trabajadores la nota distintiva esencial². De la Villa señala:

El proceso de conflicto colectivo encauza una pretensión de relevancia colectiva, en la que litigan sujetos también colectivos en representación de los trabajadores y empresas afectadas. En general y descriptivamente, atendiendo a las características más habituales, esta modalidad procesal se propone resolver litigios de contenido jurídico que afecten a una pluralidad de trabajadores mediante sentencia declarativa que interpreta el derecho aplicable. La traducción o implementación a los casos concretos de los trabajadores afectados se realiza posteriormente, en defecto de cumplimiento espontáneo de la sentencia, a través de los procesos ordinarios en la que ya se parte de la base del derecho declarado en la sentencia colectiva³.

2 Cfr. Jorge Guillén Olcina, "Los procedimientos especiales para la protección de derechos fundamentales y conflictos colectivos", en *Nueva Ley Procesal de Trabajo. Ley 29497*, Ministerio de Justicia, Lima, 2009, p. 75.

3 Luis Enrique de la Villa Gil (dir.), *Ley de Procedimiento Laboral*, comentada y con jurisprudencia, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, junio 2006, pp. 1121-1122.

De otro lado, esta modalidad procesal sirve también de instrumento de reforzamiento de la eficacia de los convenios colectivos y de la negociación colectiva que les da origen. Se afirma que "esta modalidad de conflicto colectivo se convierte en el instrumento procesal de afianzamiento de la aplicación real de lo pactado por los interlocutores sociales. La atribución de eficacia normativa y *erga omnes* atribuida al convenio desde la Ley viene complementada con la introducción de una institución procesal *ad hoc* que la refuerce en el momento aplicativo"⁴.

Esta modalidad procesal contribuye también a la homogeneización de las condiciones de trabajo en el seno de la empresa:

Este proceso se convierte en el vehículo idóneo para proporcionar una solución aplicativa uniforme de la norma jurídica a la generalidad de los trabajadores en cada unidad productiva. A diferencia del proceso individual que puede provocar resoluciones contradictorias sobre un mismo objeto entre diversos trabajadores de una misma empresa, la sentencia colectiva por su rasgo de generalidad proporciona una respuesta única para todos aquellos que se encuentran en idéntica solución⁵.

2. Clases de conflictos jurídicos colectivos

Para tratar este tema, el de la acción colectiva heterónoma, se hace necesario distinguir los diversos tipos de conflictos jurídicos, más allá de lo dicho anteriormente⁶. Así, además de la tradicional clasificación en conflictos jurídicos individuales, plurales y colectivos, debemos tener en cuenta que pueden distinguirse varios tipos de derechos colectivos: difusos, de objeto indivisible e individuales homogéneos de objeto divisible.

En los derechos 'colectivos difusos' nos encontramos frente a un conjunto de personas indeterminado y se entienden referidos no al sujeto como individuo, sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, sin que sea posible determinar el alcance del grupo afectado. Sus

4 A. Baylos Grau, J. Cruz Villalón y M. F. Fernández, *Instituciones de derecho procesal laboral*, Editorial Trotta, 2.ª ed. revisada, Valladolid, 1995, p. 232.

5 *Ibidem*.

6 Este tema lo he desarrollado ampliamente en Adolfo Reynaud Ciudad, *op. cit.*, p. 53 y ss.

titulares están ligados por circunstancias de hecho, sin que exista entre ellas un vínculo común de naturaleza jurídica. Ejemplo: la contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica, un fármaco dañino vendido al público o en el ámbito laboral la oferta de empleo discriminatoria por razón de sexo.

En segundo lugar, los 'derechos colectivos de objeto indivisible' que congregan un grupo de personas o colectividades, como los sindicatos, organizadas alrededor de un bien de disfrute común y sobre él se postula la pretensión de clase. El elemento 'subjetivo' o personal es un conjunto de trabajadores estructurado y homogéneo afectado por un mismo problema. El elemento 'objetivo' característico es el interés general. Se trata de derechos supraindividuales, indivisibles, de titularidad del grupo, categoría o clase de personas, que resultan vinculadas por una relación jurídica previa. Ejemplo de ello podría ser la afectación de los derechos laborales de ejercicio colectivo, como el derecho de huelga, la libertad sindical, la negociación colectiva, la seguridad y salud en el trabajo, en tanto sea el grupo en su conjunto el afectado.

En tercer lugar, deben distinguirse otros derechos colectivos, los 'derechos individuales homogéneos', que se diferencian de los difusos y colectivos indivisibles en que son esencialmente divisibles por ser derechos individuales que pertenecen a cada individuo. Lo colectivo reside en el modo (colectivo) de buscar una tutela uniforme para sus miembros. Existe en consecuencia un daño diferenciado que cada sujeto sufre en su esfera, pero el carácter colectivo está dado por los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. En realidad, son derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva. En este caso, puede ser cualquier derecho individual que pertenece a la esfera jurídica de la persona y que ha afectado de forma similar a todos los que conforman el colectivo.

3. El caso de Perú

La vigente Ley Procesal de Trabajo significó un indudable avance respecto de la normativa anterior al comprender dentro de su ámbito a todos los conflictos laborales, incluidos los tres conflictos colectivos

jurídicos antes indicados, pero al no haber establecido un conjunto de modalidades especiales, los operadores jurídicos no han podido superar el antiguo esquema del proceso enfocado solo en la solución de conflictos individuales. Esta situación es tan extrema, que el 99 % de los casos que se ventilan en la jurisdicción laboral son demandas individuales en las que litigan trabajadores de manera individual, enfrentados con el empleador, quien goza de una capacidad de defensa mucho mayor en virtud de su capacidad económica.

No obstante, la legitimación para obrar de los sindicatos ha sido innovada sustancialmente, reconociéndoles la posibilidad de defensa de derechos colectivos (artículo 8.2), aunque la jurisprudencia ha exigido que en la demanda se identifique individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones (artículo 8.3), cuando en realidad este artículo se refiere a un caso de representación y no de legitimación extraordinaria. Tales requerimientos, que son innecesarios para los conflictos colectivos jurídicos, han ocasionado que la jurisdicción laboral declare inadmisibles las demandas, justificándose además en la necesidad de la indicación del monto total de petitorio y de cada uno de los extremos que integran la demanda (artículo 16a.) y de la obligación que se indique el monto líquido en la sentencia (artículo 31). Con ello, continúa bloqueado el proceso colectivo y afectada la legitimación colectiva para obrar de las organizaciones sindicales, y, además, de superarse esas exigencias — que son muy difíciles en colectivos de cientos o miles de trabajadores— se tendería a una sentencia con declaración del derecho y a la vez de condena de reintegros a cada trabajador.

Resaltamos que en tal caso la sentencia debería emitir pronunciamiento respecto de las pretensiones monetarias en concreto de cada uno de los trabajadores identificados, lo que haría que esta se convierta en algo muy complicado e inmanejable en procesos con numerosos afectados. Por esta razón es que no hay procesos colectivos en trámite y los jueces y litigantes prefieren los juicios individuales, donde de forma repetitiva se dictan cientos de sentencias idénticas con algunos pocos cambios en los datos del accionante, como hemos referido en el análisis de algunos casos seleccionados⁷.

7 Adolfo Ciudad Reynaud, *op. cit.*, p. 163 y ss.

Sin embargo, la jurisprudencia predominante no tiene en cuenta la posibilidad de la emisión de una sentencia declarativa. En efecto, por otra parte, los artículos 9.1 y 9.2 confieren legitimación extraordinaria para conflictos colectivos 'difusos' (no discriminación en el acceso al empleo, trabajo forzoso e infantil), para conflictos 'colectivos de objeto indivisible' (afectación de la libertad sindical, negociación colectiva, huelga, seguridad y salud en el trabajo) y 'derechos individuales homogéneos' "cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de trabajadores". Estos artículos deben concordarse con el artículo 18º, que vuelve a referirse a la "afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de contenido patrimonial", en cuyo caso se establece la posibilidad de emisión de una 'sentencia declarativa'. No obstante, en este caso tales artículos no incluyen la exigencia del listado nominativo de los afectados y sus pretensiones individualizadas, pues se trata de la afectación de un grupo o categoría y porque va a ser objeto de una sentencia declarativa y no de condena.

Por esto, proponemos que, por jurisprudencia, se pueda aclarar que los artículos 8.2 y 8.3 se refieren a conflictos plurales y colectivos con pretensiones de condena y que los artículos 9.1, 9.2 y 18 se refieren a procesos colectivos con pretensiones declarativas. Alternativamente, que la jurisprudencia aclare que el artículo 8.3 no resulta aplicable, pues no se refiere a un caso de legitimación extraordinaria, sino a uno de representación. Si no se realiza esta diferenciación y se exige en todos los casos —como hace actualmente la jurisdicción laboral— el listado nominativo y las pretensiones individualizadas, se impide acceder a la justicia de forma colectiva y, con ello, la acción colectiva heterónoma de las organizaciones sindicales.

Un problema adicional es que el vigente modelo de proceso colectivo exige dos procesos judiciales: uno para la obtención de sentencia declarativa no ejecutable y otro, individual, de liquidación del derecho reconocido, que sí podrá ser materia de ejecución. Esto disuade a los litigantes de optar por acciones colectivas al no haberse regulado la posibilidad de la ejecución colectiva, que examinaremos más adelante.

4. Fundamentos de modalidades especiales

Una adecuada regulación de las modalidades especiales que hagan posible la acción colectiva heterónoma, en el ámbito jurisdiccional laboral, hace necesario que la normativa procesal laboral de nuestros países regule algunos de los fundamentos del imprescindible conjunto de modalidades especiales que proponemos a continuación:

4.1. Definición, objeto del proceso de conflicto colectivo y pretensiones admisibles

En primer lugar, hace falta en nuestras legislaciones una definición del concepto de conflicto colectivo jurídico, la determinación de su objeto, así como el tipo de pretensiones admisibles que pueden dar lugar a una sentencia declarativa o de condena, según el caso.

La Corte Suprema y, especialmente, el Tribunal Constitucional de Perú han emitido diversas sentencias que han definido el alcance de los derechos colectivos, distinguiéndolos de los derechos difusos y los derechos colectivos individuales homogéneos, que serían de utilidad a estos efectos.

Además, debemos tener en cuenta que, en España, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (país con larga experiencia en materia de acciones colectivas en el ámbito jurisdiccional) ha definido de modo preciso y sistemático qué demandas deben tramitarse por el procedimiento de conflicto colectivo, indicando que deberá afectar en todo caso a *intereses generales de un grupo genérico de trabajadores* o algún *colectivo susceptible de determinación individual*. Así, se cumplen dos requisitos:

- a) Uno 'subjetivo', integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad.
- b) El otro requisito, el 'objetivo', consistente en la presencia de un interés general, que se define como un interés correspondiente al grupo en su conjunto.

Así, las expresiones “intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o algún colectivo genérico susceptible de determinación individual” denotan el carácter colectivo del conflicto, lo que implica que el presupuesto procesal es que no exista concreción nominativa de los trabajadores afectados ni en la demanda ni en la sentencia. Lo decisivo es que la pretensión se plantee en términos abstractos dirigidos a sustentar un litigio que afecte a un grupo determinado de trabajadores. Ello, sin perjuicio de que pueda tratarse de intereses individualizables siempre y cuando no aparezcan individualizados en la pretensión colectiva, lo que es directamente aplicable a los conflictos colectivos individuales homogéneos.

Por esto, un mismo conflicto colectivo individual homogéneo puede plantearse de forma colectiva, plural o individual, dependiendo del tipo de pretensión que dará lugar a una sentencia declarativa o de condena. Ello debe reservarse a la estrategia procesal que desee adoptar el accionante.

Queremos llamar la atención sobre un “colectivo susceptible de determinación individual”, pues este concepto permite la individualización posterior en ejecución de sentencia. Esto significa que en el proceso colectivo se pueden plantear pretensiones de condena, pues el grupo o el colectivo genérico, susceptible de determinación individual es solo un instrumento conceptual para identificar cuáles son los trabajadores en concreto, pero sin necesidad de identificación personal o individual en la demanda, pues la sentencia se referirá al colectivo y no a personas concretas. Lo que se discute en el juicio es el derecho en abstracto.

Así, se ha superado el modelo de sentencias meramente declarativas que no eran ejecutables y exigían innumerables juicios individuales posteriores, sustituyéndolo por conflictos colectivos de condena individualizable.

4.2. Características especiales de la demanda y la sentencia colectiva

Otra de las omisiones más importantes en las legislaciones procesales de nuestra región es la falta de un adecuado desarrollo de las características especiales de la demanda para el caso de los conflictos colectivos. Una

demanda colectiva no es igual a una individual, y, sin embargo, por lo general, solo se fijan los requisitos para la demanda individual y se los hace extensivos a la demanda colectiva.

Por el contrario, la legislación española precisa requisitos especiales para las demandas colectivas en el artículo 157 de la LRJS, entre los que destaca el señalamiento del ámbito del conflicto colectivo que se expresa en “la designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto [...]”, lo que descarta la exigencia de precisión concreta de los afectados, al igual que el artículo 20 del Código Modelo de Procesos Colectivos que regula una pretensión civil colectiva sin la existencia de pretensiones individuales en la primera fase del proceso, procediéndose a la determinación de los interesados en la liquidación o ejecución de lo juzgado.

Adicionalmente, como requisito de la demanda, se exige la consignación de datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto colectivo, cuando se formulen pretensiones de condena que, aunque referidas a un colectivo genérico, sean susceptibles de determinación individual ulterior sin necesidad de nuevo litigio.

Por otra parte, el artículo 160 de la LRJS señala que la sentencia, de ser estimatoria de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, deberá precisar quiénes son los afectados por el conflicto y beneficiados por la condena a través del señalamiento de los *datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización* sin referencia a un listado nominativo.

Esta forma de regulación confirma que los procesos colectivos no requieren individualización de los afectados cuando la pretensión de la demanda consiste en la afectación del grupo genérico o categoría de trabajadores.

4.3. La ejecución colectiva

Esta moderna doctrina procesalista se articula con la ejecución colectiva que se establece en la LRJS que abandona la regla tradicional de la no ejecutividad de las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo,

por una nueva regla general que sí admite su ejecución. Se trata de pronunciamientos de condena efectiva y no simplemente declarativa, con lo que se evita la repetición de múltiples juicios individuales y plurales con posterioridad a la sentencia. Así, se ofrece un instrumento para disminuir el número de litigios y agilizar el proceso consistente en sustituir los procesos individuales o plurales en los que se efectúa la misma reclamación, por una única demanda colectiva.

En la ejecución colectiva, luego de la sentencia, se traslada —del ejecutante al ejecutado— la obligación de cuantificar individualizadamente la deuda, proponiendo una fórmula de pago, la que se pone en conocimiento de la parte demandante para que exprese su conformidad o disconformidad con los datos proporcionados. En caso de aceptación de la propuesta de pago se ordena la ejecución añadiéndose los intereses si procediera.

4.4. La legitimación activa para obrar en forma colectiva

En relación con la legitimación activa para obrar en forma colectiva, la regla debería ser que el ámbito de actuación del accionante se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. Dada la naturaleza colectiva de las pretensiones ejercitadas en la demanda, solo deberían ser partes en el proceso las organizaciones que posean esa misma naturaleza colectiva y legitimación para actuar en el proceso.

No cabe duda de que un sindicato mayoritario de empresa tiene legitimación suficiente para interponer una demanda colectiva con efectos para todos los trabajadores del ámbito, así como un sindicato minoritario, con efectos para todos sus afiliados. Como la empresa es la unidad típica en materia laboral en la mayoría de nuestros países, no se presentarían demasiados problemas ni tampoco con las federaciones o confederaciones cuyo ámbito de actuación es más amplio que el del conflicto.

Finalmente, debe destacarse que un trabajador individualmente considerado tiene muchas dificultades para solventar un proceso judicial, lo que lo coloca en desigualdad de condiciones económicas frente al empleador, quien tiene mayores facilidades para ello. Establecer las modalidades especiales que proponemos permitiría tender hacia un

equilibrio y hacer más justas las reglas del proceso, pues parafraseando a Carnelutti, si las reglas del proceso no son justas, los resultados del proceso tampoco serán justos, y, en mi opinión, cuando se trata de derechos fundamentales, como la libertad sindical y la capacidad de defensa de sus afiliados, ello se convierte en una amenaza para la democracia y convivencia social en paz.

5. La situación de los países de la región

Teniendo en cuenta la complejidad de la acción colectiva, como las distintas características que podrían comprender las modalidades especiales de conflictos colectivos jurídicos, haremos un breve recuento del estado en la región:

5.1. Argentina

La Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 de 1998 establece de forma genérica en su artículo 31° que son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial “Defender y representar ante el estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores”. Sin embargo, el Decreto 467/88 requiere al sindicato que “Para representar los intereses individuales deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela”. En consecuencia, en caso de derechos colectivos individuales homogéneos el sindicato carece de legitimación procesal para accionar⁸.

Según Leandro Ariel Fuentes, la reforma constitucional de 1994 incorporó el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, lo que ha generado un crecimiento progresivo de los procesos colectivos. Dicho autor considera los procesos colectivos como una herramienta esencial para el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia y que el Decreto 467/88 incurre en claro exceso reglamentario en la medida que la Ley N° 23.551 no condiciona dicha representación a la autorización previa por escrito. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó en 2015, en el fallo ATE (Asociación de Trabajadores del

⁸ Información gentilmente proporcionada por el profesor Héctor Omar García, 9 de noviembre de 2020.

Estado), que dicha norma reglamentaria sea aplicable solamente para la representación de derechos individuales, pero no para salvaguardar intereses colectivos.

No obstante, Fuentes señala:

Si bien la legitimación para entablar acciones colectivas es amplia en función de lo establecido en el art. 43 de la Constitución, actualmente no se cuenta con una norma de procedimiento que regule integralmente y de manera general los procesos colectivos, sólo se cuenta con dos leyes que contienen regulaciones de carácter general: la Ley General del Ambiente (25.675) y la ley de defensa de los consumidores (24.240)⁹.

En igual sentido, Rosales Cuello apunta que con la incorporación de los procesos colectivos en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha definido la categoría colectiva de los intereses individuales homogéneos, pero que se hace necesario una regulación legislativa¹⁰.

5.2. Costa Rica

En Costa Rica, si bien los sindicatos tienen legitimación suficiente para actuar en la jurisdicción laboral y la constitucional por la vía del amparo o la acción de inconstitucionalidad, no existe un capítulo de modalidades especiales que las regule. El artículo 62 del Código de Trabajo señala que cuando una acción está fundada en una convención colectiva, sea que la inició un individuo o un sindicato, los otros sindicatos afectados por ella podrán apersonarse en el litigio debido al interés colectivo que su solución tenga para sus miembros.

Por otra parte, el artículo 446 del mismo cuerpo legal, prescribe que los sindicatos tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios, pero se requiere otorgamiento de poder suficiente de sus afiliados para ejercer por sus derechos subjetivos. En cambio, para demandar la tutela de derechos colectivos

9 Leandro Ariel Fuentes, "El proceso colectivo como instrumento de tutela de los derechos laborales", en *Cartapacio de derecho*, vol. 38 (2020), Facultad de Derecho, Unicem.

10 Ramiro Rosales Cuello, "Los derechos individuales afectados homogéneamente y los procesos colectivos como instrumento para superar obstáculos de acceso a la justicia (A diez años del caso Halabi)", en *Revista de Derecho Constitucional*, 2019, p. 92.

jurídicos no requieren poder alguno¹¹. Esta es toda la regulación legal sobre las acciones colectivas, por lo que no se legisla sobre la amplia variedad de temas a los que nos hemos referido precedentemente.

5.3. México

La Ley Federal del Trabajo de México, recientemente reformada, establece que el sindicato representa los intereses colectivos de sus miembros e incluso los individuales, con las reservas del artículo 375, en el sentido de que el trabajador puede pedir que cese la intervención del sindicato. Pero las causas colectivas se pueden seguir en los procedimientos jurisdiccionales, según su naturaleza, ya sea conforme al procedimiento ordinario (artículo 870 y ss.), el procedimiento especial (artículo 893 y ss.) o por el procedimiento de los conflictos colectivos de naturaleza económica (artículo 900 y ss.)¹². Como se puede apreciar, no se entra a regular la especificidad de las modalidades especiales para los conflictos colectivos jurídicos a lo que nos hemos referido en la primera parte de este artículo.

5.4. Nicaragua

De todas las legislaciones procesales de América Latina, Nicaragua, con su Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, aprobado mediante Ley N° 815, publicada el 29 de noviembre de 2012, es la única que alude a modalidades especiales para procesos de conflictos colectivos de carácter jurídico. Como hemos visto, en los demás países, si bien se reconoce legitimación procesal a los sindicatos para acciones de naturaleza colectiva, no se establecen reglas especiales sobre legitimación procesal para demandar, ámbito de afectación, el carácter urgente y preferente, así como efectos de cosa juzgada de la sentencia, como corresponde al principio de seguridad jurídica, pues el caso se discute una sola vez para el colectivo de trabajadores que lo plantee.

El Código Procesal de Trabajo de Nicaragua dispone que se tramiten a través de dicho proceso los conflictos entre trabajadores y empleadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una ley, convenio colectivo o de una decisión o práctica de la empresa. Se confiere

11 Información gentilmente proporcionada por el profesor Alexander Godínez, 19 de noviembre de 2020.

12 Información gentilmente proporcionada por el profesor Carlos de Buen Unna, 29 de noviembre de 2020.

legitimación para promover procesos sobre conflictos colectivos a los sindicatos y las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. Se establece como requisito necesario para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el Ministerio de Trabajo o ante los órganos de conciliación establecidos en los convenios colectivos. Los procesos tienen carácter urgente y la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. La audiencia de juicio será oral y la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto (artículos 113 a 120).

5.5. Uruguay

Según da cuenta Hugo Barretto Ghione, Uruguay tiene una larga tradición de “abstencionismo” o no intervencionismo del Estado en las relaciones colectivas de trabajo, a pesar de que en 2005 se introdujeron mecanismos de intervención legislativa con el fin de fomentar la sindicalización y la negociación colectiva, en lo que se ha denominado intervención promotora de la libertad sindical. En efecto, el autor señala que se confirma “[...] el prejuicio de la inconveniencia, que órganos de la justicia puedan incidir en cuestiones esenciales como la configuración de los sujetos colectivos y de los procesos de negociación que se producen en el mundo del trabajo”¹³. La vigente Ley N° 18.572, modificada por la Ley 18.847, regula el procedimiento ante la jurisdicción del trabajo solo por causas de naturaleza individual.

5.6. Venezuela

El artículo 367.8 de la Ley Orgánica de Trabajo reconoce a los sindicatos la protección y defensa de los “derechos individuales y colectivos de sus afiliados”, en tanto que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el artículo 29.5, atribuye competencia a los tribunales del trabajo para sustanciar y decidir “los asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos”. Por su parte, el artículo 123a. señala que en caso de que el demandante sea una organización sindical “la demanda la intentará quien ejerza la personería jurídica de esa organización”¹⁴.

13 Hugo Barretto Ghione, “Sobre la judicialización de los conflictos colectivos”.

14 Información gentilmente proporcionada por el profesor César Augusto Carballo Mena, 29 de noviembre de 2020.

En consecuencia, sigue la misma tendencia antes señalada de reconocer legitimación a las organizaciones sindicales para intervenir en juicio cuando existentes intereses colectivos, pero sin establecer modalidades especiales sobre los temas específicos indicados en la primera parte de este artículo.

Esta es la situación de la mayoría de los países de la región, a excepción de Nicaragua, que ha tenido como fuente de inspiración la legislación española. Para la consolidación del accionar colectivo de las organizaciones sindicales en el ámbito jurisdiccional, convendría un desarrollo normativo que mejore las instituciones mencionadas en las modalidades especiales antes señaladas.



Esta obra está disponible -- en formato digital y de manera gratuita -- en la Biblioteca Virtual de la Escuela Nacional de la Judicatura (biblioteca.enj.org), como parte del legado de esta plataforma concebida para la búsqueda bibliográfica en línea tanto de jurisprudencia y normativa legal dominicana, como de doctrina y otros insumos de interés judicial.

Si desea recibir información periódica sobre las novedades de la Escuela Nacional de la Judicatura, escribanos a: biblioteca@enj.org



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA

REPÚBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL



ISBN 978-9945-425-65-9



9 789945 425659