

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinador de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO

Francisco Pérez Amorós

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado)
Universitat Autònoma de Barcelona (España)

ÍNDICE

Francisco Pérez Amorós, <i>Introducción al número por parte del Coordinador</i>.....	1
---	----------

Artículos

Luciana Aboim Machado, Francisco Pérez Amorós, <i>El Proyecto de instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿fin del paradigma de la voluntariedad?</i>.....	8
Juan Cristóbal Bandera Gallego, <i>¿Abogados contratados o falsos autónomos? Estado de la cuestión y actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social</i>.....	58
Ferran Camas Roda, <i>La no discriminación por motivos raciales o de origen étnico en la normativa española derivada de la adoptada por la Unión Europea</i>	88
Luis Eduardo Díaz, <i>Una renta y problema resuelto</i>.....	120
David Gutiérrez Colominas, <i>Discapacidad y empleo en España: una perspectiva histórica sobre su evolución normativa a la luz del modelo social</i>.....	138
Marcello Lachi, Raquel Rojas Scheffer, <i>El empleo en la industria paraguaya del siglo XXI</i>.....	162
Sandys Menoya, Dagniselys Toledano, <i>Consideraciones en torno al perfeccionamiento del régimen jurídico laboral de la gente de mar en Cuba</i>.....	185
Carmelo Mesa-Lago, <i>El empleo y el desempleo en Cuba: impacto del envejecimiento, la crisis económica y la unificación monetaria</i>.....	209
Brenda Isabel Murrugarra Retamozo, <i>Principio de oralidad y su incidencia en el proceso de indemnización por despido arbitrario en las empresas privadas de San Isidro en 2019</i>.....	232
Carlos Reynoso Castillo, <i>La nueva regulación del teletrabajo en México</i>..	281

II

Helena Ysàs Molinero, *La adaptación de las formas de representación colectiva a los cambios productivos: reflexiones a partir de la idea de intereses del trabajo*..... **303**

Reseñas Bibliográficas

Eduardo Rojo Torrecilla, *Centenario del Ministerio de Trabajo (1920-2020)*, dirigido por Santiago Castillo. Una reseña..... **326**

Xavier Solà i Monells, *El ámbito de las representaciones sindicales*, por Ricardo Esteban Legarreta. Una reseña..... **336**

Alberto Pastor Martínez, *El derecho de la representación unitaria y sindical a utilizar los instrumentos empresariales de comunicación digital*, por Xavier Solà i Monells. Una reseña **340**

Introducción al número por parte del Coordinador

La epidemia originada por la Covid-19 ha reconfirmado la centralidad que tiene el trabajo en la sociedad, y ha puesto de relieve el elevado potencial del ordenamiento laboral para ordenarla y para intentar revertir buena parte de los daños que provoca, todo ello según se detalla en la [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1](#) (número especial sobre tecnología, trabajo humano y protección social en los márgenes del mercado de trabajo: el futuro de las instituciones laborales después de la pandemia). La Covid 19 – aunque su importancia en el ámbito laboral es manifiesta – no es un referente que permita diferenciar radicalmente entre un antes y un después del ordenamiento laboral; la epidemia ha sido y es un condicionante *coyuntural* de gran calado de dicho ordenamiento, mientras que los problemas del mismo responden a razones estructurales del *sistema de producción*. Cuando la epidemia, deje de ser compañera de viaje del trabajo – a medida que la *nueva normalidad* vaya tomando cuerpo – los retos laborales clásicos recobrarán su pleno protagonismo, y otros de nuevo cuño pugnarán por compartirlo. Cuando llegue dicho momento, no se tratará de volver a empezar, sino de reemprender el camino con renovadas y nuevas propuestas para seguir avanzando por la vía del progreso social sin exclusiones.

El contenido de este número de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, que se introduce con estas líneas, es una buena prueba de lo pergeñado en el punto anterior, y de mucho más: para comprobarlo, basta con repasar el índice de tal publicación por lo informativo que es. Las autoras y los autores – de distintos países, profesiones, instituciones y universidades, y con diferentes orientaciones – eligieron libremente el tema a tratar, no se les solicitó nada más que fuera original, propositivo, de viva actualidad, y con proyección de futuro en su país y/o en su región, ni mucho menos, se les pautó nada en punto al contenido. Son pues personas expertas en la materia las que han identificado – indexado – los retos que debe afrontar el ordenamiento laboral en el presente y en el futuro más próximo, todo ello – claro está – sin afán de exhaustividad alguno por razones obvias. Todo es discutible – de eso se trata, pues el color dominante del derecho es claroscuro por sus luces y sombras –, pero se podría convenir que los ensayos recopilados en

esta Revista, y las propuestas formuladas que contienen, esbozan un mapa temático representativo de los retos laborales actuales y colmado de aportes dialécticos de primer orden que garantizan la reflexión sobre el presente y el devenir del mundo del empleo, del trabajo y de las relaciones laborales individuales y colectivas. Las citas documentales y las reseñas bibliográficas que aportan todos y cada uno de los estudios, les confiere, si cabe, todavía mayor realce.

En este contexto, al Coordinador de este número de la Revista le resulta incómodo, y estima que es arriesgado, clasificar – *a posteriori* – los artículos en distintos bloques temáticos cerrados, porque sería tanto como *(re)titularlos*, optando en consecuencia por ordenarlos, sin más, alfabéticamente según su autoría, e incluso no consta una rúbrica expresa que los intente englobar a todos bajo un lema único. Quienes lean todos los artículos de esta Revista – en el orden que prefieran –, agruparán y asociarán las ideas que descubran o precien como mejor estimen, como así lo ha hecho quien suscribe, no como Coordinador, sino como un simple lector más, aunque en este caso, como lector privilegiado, por ser el primero en poder leer todos los ensayos.

Casi todas las colaboraciones recogidas en esta Revista, muestran honda preocupación por el empleo, el paro y el trabajo precario, pero algunas los tratan con un tono más monográfico, aportando consideraciones generales al respecto, útiles también para cualquier debate sobre aspectos concretos. El estudio de Lachi y Rojas Scheffer – *El empleo en la industria paraguaya del siglo XXI* –, centrando en un sector y país determinado, tras señalar críticamente que «los roles de los actores laborales están siendo rediseñados, desestimando el conflicto en la relación capital/trabajo y llevando a una interpretación *individualista* de las relaciones laborales en la cual los sindicatos y sus luchas son presentados como obsoletos», señala los avances alcanzados sobre el empleo, el paro y el trabajo, a la vez que denuncia los problemas que todavía perduran en tales ámbitos laborales. El ensayo de Mesa-Lago, sobre *El empleo y el desempleo en Cuba: impacto del envejecimiento, la crisis económica y la unificación monetaria*, enriquece vivamente el debate al añadir en su discurso los elementos que se citan en su título – «envejecimiento, la crisis económica y la unificación monetaria» –, y en fase de conclusiones previene que «Para reanudar el crecimiento económico es esencial que Cuba retome de forma más vigorosa las reformas estructurales intentadas sin éxito entre 2007 y 2018, a fin de reemplazar el actual sistema de planificación central y predominio de las ineficientes empresas estatales por un mayor rol del mercado y el sector no estatal». Ambos supuestos, siendo tan distintos en muchos sentidos como son, confirman el amplio abasto y la complejidad del debate general sobre empleo y el trabajo en los tiempos

actuales, y hacen desconfiar de las recetas simples – ya legales o doctrinales – que, en ocasiones, se extienden con la intención de superar la crisis y el malestar y procurar la recuperación y la mejoría.

Y, en el contexto general pergeñado en el punto anterior – crisis durante la pandemia *versus* recuperación post pandemia –, algunos ensayos recopilados en la Revista que el lector o la lectora tiene en su pantalla, avanzan en el debate, centrándose, principalmente, en la prolija problemática que generan los colectivos de personas desfavorecidas (colectivos vulnerables). Una consulta conjunta de los estudios que tratan sobre los repetidos colectivos damnificados, transmite la idea que, siendo cierto que según el ordenamiento jurídico la protección se predica de las personas necesitadas individualmente consideradas, también lo es que la conformación de colectivos vulnerables – protagonistas sociales –, genera la necesidad de auténticas políticas sociales (por ejemplo, políticas activas y pasivas de empleo en sentido amplio), que, como regla general, son más difíciles de implementar en la práctica que las simples medidas individuales. Según Camas Roda (*La no discriminación por motivos raciales o de origen étnico en la normativa española derivada de la adoptada por la Unión Europea*), la no discriminación de personas por concretos motivos raciales o de origen étnico sigue siendo un buen ejemplo de reto pendiente – y, a veces, semioculto – de una solución definitiva, no solo en el continente europeo – en el que ya existe una base normativa sobre la cuestión tal y como minuciosamente se expone en tal estudio –, sino en todo el mundo, resultando así necesaria una normativa supranacional e internacional que proteja real y eficazmente los derechos – incluidos los laborales – frente a prácticas y conductas seguidas en algunos momentos y lugares, y también en el ámbito laboral. Menoya y Toledano, formulan sus *Consideraciones en torno al perfeccionamiento del régimen jurídico laboral de la gente de mar en Cuba*, que identifican un colectivo particular de trabajadores vulnerables y nada fácil de regular porque es «un punto de encuentro entre el Derecho Marítimo, el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional», y concluyen que «no existen en materia de legislación laboral adecuaciones al carácter específico y extraordinario de la categoría “gente de mar”, ni tampoco un régimen especial en materia de seguridad social», resultando necesario «perfeccionar el actual régimen jurídico laboral y de seguridad social de la gente de mar en el ordenamiento jurídico cubano, con base en el reconocimiento de los vacíos existentes en la legislación vigente al respecto. En este sentido, se profundiza en el estudio del Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, no ratificado por Cuba». Y, sobre la referida problemática de los colectivos vulnerables, Gutiérrez Colomina, cruzando los referentes «discapacidad» y «empleo», elabora un estudio titulado *Discapacidad y empleo en España: una*

perspectiva histórica sobre su evolución normativa a la luz del modelo social, que trata sobre la protección de las personas discapacitadas en el ámbito del trabajo (una problemática que tiene tanta historia como futuro), y patrocina que «lograr una igualdad real de oportunidades» laborales en favor de dicho colectivo de personas, tiene como objetivo final lograr «la inclusión de las personas con discapacidad». Las tres anteriores aportaciones glosadas, verifican que las razones que caracterizan las personas y/o los colectivos como vulnerables son varias y muy dispares (país, género, edad, sector, profesión, motivo o razón, etc.). Pero es más, bien parece que tales ensayos, provocan nuevos interrogantes reflexivos de gran calado: ¿las personas de los distintos colectivos vulnerables son – sustancial y mayoritariamente – siempre las mismas – las desfavorecidas –, sea cual sea el referente utilizado para identificarlas y clasificarlas en colectivos o grupos?; y así, en punto, por ejemplo, a los migrantes medioambientales por lluvias torrenciales que se ven obligados a desplazarse en busca nuevo empleo, surgen dudas sobre si ¿son vulnerables a partir de las lluvias como migrantes? o ¿ya – sustancial y mayoritariamente – formaban parte de algún otro colectivo vulnerable antes de las lluvias?: ocurre que en ocasiones – nunca mejor dicho – *llueve sobre mojado*, y que casi nunca llueve a gusto de todos, sino que a unos les preocupa menos que a otros – los potenciales migrantes medioambientales que pierden el trabajo –, dicho sea todo ello efectos dialécticos.

La Revista, junto a estudios más *generales y clásicos* como los precitados, compendia otros más puntuales y *modernos o actuales* que, en el fondo, afectan – ni más ni menos – que al ámbito subjetivo y objetivo del propio ordenamiento laboral: los conocidos intentos de la denominada “huida del Derecho del Trabajo” siguen estando presentes en el orden del día de la actual crisis, y lo seguirán estando bajo fórmulas de muy distinta condición durante mientras avance la recuperación económico y laboral. En un escenario de trabajo que pudiera considerarse más *clásico* a efectos discursivos, como lo es el de los y las abogados que prestan sus servicios para despachos, Bandera Gallego, levanta diferentes escenarios teóricamente posibles – *¿Abogados contratados o falsos autónomos?* –, y reprocha que, en la práctica, existan casos fraudulentos de abogados autónomos – falsos autónomos – que, realmente, son trabajadores por cuenta ajena sin más. En un escenario de trabajo que pudiera tildarse de más *moderno*, Reynoso Castillo (*La nueva regulación del teletrabajo en México*) trata de «teletrabajo» como una nueva forma de trabajar a base de nuevas tecnologías digitales, que ha ampliado el ámbito del ordenamiento laboral, haciendo del teletrabajo un trabajo por cuenta ajena y de quien lo presta un trabajador asalariado más, tenga o disfrute éste de más o menos subordinación según sea la tecnología utilizada, una nueva laboralidad que

también podría internar eludirse fraudulentamente, por ejemplo, por la vía de falsos autónomos tal y como demuestra los muchos ejemplos reales que se podrían citar al respecto. Una lectura en paralelo de ambos ensayos tan dispares aumenta exponencialmente sus aportaciones pues permite imaginar, que, si el abogado en cuestión, presta sus servicios por medio de teletrabajo, su condición de trabajador o de autónomo, todavía, podría resultar más difícil dilucidar (abogado teletrabajador o falso autónomo); a la vez que una lectura conjunta de ambos estudios anticipa – preavisa –, que el debate sobre la laboralidad o no de ciertos servicios se complicará todavía mucho más a medida que para prestarlos se intensifique el uso de técnicas de *inteligencia artificial*, que sin duda, retocan – flexibilizan – la subordinación del trabajador, pero no tienen por qué desvirtuar el núcleo duro de la ajenidad laboral, que en la realidad permanece incólume, haciendo así posible y necesario calificarlo de trabajador por cuenta ajena a todos los efectos.

Y, por último, otros ensayos recopilados en esta Revista, abundando en los efectos negativos que la actual crisis – económica, sanitaria laboral – ha provocado sobre personas y colectivos vulnerables, y a la espera que se superen, auspician y proponen medidas socio laborales particulares (nuevas fuentes vinculantes, protección sindical, protección social, y protección procesal), tan distintas entre sí como interrelacionadas por unos objetivos finales compartidos (paliar los efectos indeseados provocados por la referida multi-crisis en las personas damnificadas, y favorecer la recuperación del empleo y del trabajo decente de las mismas). El estudio de Aboim Machado y Pérez Amorós – *El Proyecto de instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿fin del paradigma de la voluntariedad?* – pormenoriza el proceso de elaboración de tal Proyecto madurado en sede de Naciones Unidas, y resume el *estado de la cuestión (2021)*, y expone que «la globalización económica personificada por las multinacionales, debería coexistir con la globalización de los derechos laborales basada en unos derechos universales y globales como lo son los derechos humanos por definición», a cuyo fin, el ensayo propugna que la norma internacional proyectada debería ser vinculante, y debería establecer nuevas obligaciones a los estados y a las empresas multinacionales en favor del reconocimiento y de la protección del ejercicio de los derechos humanos: el buen fin del Proyecto, es ahora más necesario que nunca para procurar que, tras estos tiempos de crisis de abasto internacional por una epidemia universal, se pueden asegurar y recuperar los derechos laborales por la vía de los derechos humanos, los más universales desde el mismo momento de su declaración. Ysàs Molinero discurre sobre *La adaptación de las formas de representación colectiva a los cambios productivos: reflexiones a partir de la idea de*

intereses del trabajo, situando así el debate en el ámbito de los derechos sindicales, y tras exponer que el auge de ciertas nuevas formas de trabajar – y de contratar – en estos tiempos de crisis a la espera de la recuperación, dificulta la representación de los trabajadores en sus centros de trabajo, especialmente de los más precarios y desempleados, *propone* solucionar tal hándicap, potenciando la función representativa y promocional de los sindicatos en favor de tales trabajadores damnificados, previendo «vías de intervención para reforzar el vínculo entre las organizaciones sindicales y los colectivos de trabajadores con mayores dificultades para vincularse a través de los centros de trabajo» y valorando «el papel que pueden jugar nuevos actores en el ámbito de la representación». Desde la óptica de la protección social, el estudio *Una renta y problema resuelto*, elaborado por Díaz, expone – denuncia – críticamente que cuando «el trabajo [...] ha vuelto irregular y muy inseguro» dejando de ser un proyecto de vida y una red de protección, se necesita «Una renta básica universal [que] puede ayudar a los más necesitados a no perder su autonomía», una manifestación de política social concretada en una prestación económica de origen público cuya configuración teórica e implementación práctica – se apunta en el ensayo – son complejas, pues, según el caso, podría tener visos de medida «pragmática» y/o «racional» y/o «productivista». Y por último, Murrugarra Retamozo, desde un plano distinto – más procesal que sustantiva –, y con unas técnicas de investigación no exclusivamente normativistas, sino con la inclusión de un estudio de casos, presenta un ensayo titulado *Principio de oralidad y su incidencia en el proceso de indemnización por despido arbitrario en las empresas privadas de San Isidro en 2019*, que trata de una medida de protección puntual – «indemnización» – en un supuesto de necesidad muy sensible – «despido arbitrario» – por estrechamente relacionado con la estabilidad laboral y consecuentemente con el empleo, el desempleo y con las condiciones precarias de trabajo, y subraya que tal principio de oralidad – que conlleva celeridad e inmediatez en el proceso – favorece el «empoderamiento de la parte más débil», certificando así la esencia tuitiva del ordenamiento laboral desde su dimensión procesal, tan necesaria como la tutela sustantiva, en estos tiempos de crisis o de inicio de una recuperación, en los que los pleitos por el deterioro que sufre la estabilidad laboral en aras a la manida flexibilidad laboral.

Quien suscribe agradece a la Dirección de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* que me haya brindado la coordinación de este n. 3/2021, especialmente a los Profesores Alfredo Sánchez-Castañeda y Michele Tiraboschi que desde el Comité de Gestión Editorial comparten la tarea de dirigir la Revista, y a la Profesora Lavinia Serrani del Comité de Redacción, a quien, por su conocido y proverbial

buen saber y hacer, se deben atribuir buena parte de los aciertos que tenga la coordinación de referencia. Gracias, también, a las personas del Comité de Evaluación por la labor realizada. Y, dicho sea, en último término, para que así se advierta mejor y para que perdure durante más tiempo: muchas gracias y felicidades a las autoras y autores de los ensayos recogidos en este número de la Revista. Ni puedo ni debo dejar pasar esta oportunidad para expresar mi satisfacción por el hecho que la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* haya obtenido el máximo reconocimiento de Revista de Clase A por parte de la Agencia Nacional de Evaluación del Sistema Universitario de la Investigación (ANVUR) para el área de Ciencias Jurídicas (Área 12).

Francisco Pérez Amorós

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (jubilado)
Universitat Autònoma de Barcelona (España)

El Proyecto de instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿fin del paradigma de la voluntariedad?*

Luciana ABOIM MACHADO**
Francisco PÉREZ AMORÓS***

RESUMEN: El proceso de elaboración del Proyecto de referencia desarrollado en Naciones Unidas ha dado lugar a seis periodos de sesiones de negociación 2015 a 2020 durante las que se han elaborado tres sucesivos borradores del Proyecto (2018, 2019 y 2020), y es un proceso que sigue abierto pendiente de nuevas reuniones (2021) a la espera un resultado final que, por ahora, es incierto. Se comentan los principales aspectos del Proyecto debatidos en cada uno de dichos periodos de negociaciones y valora el contenido de cada uno de los tres borradores del mismo. El estudio concluye con la presentación y

* Este ensayo es una versión ampliada y actualizada de la ponencia oficial de F. PÉREZ AMORÓS, *Derechos Humanos y trabajo decente*, presentada en el *VI Congreso Internacional de Estudios Jurídicos: derechos humanos e transnacionalidade* organizado por la Universidade Federal de Sergipe (Brasil), con la colaboración de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS), desarrollado del 4 a 8 junio 2020 en Aracaju (Brasil). Este estudio forma parte de las actividades del equipo de investigación CNPQ “Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais” de la Universidade Federal de Sergipe (GEDH-UFS) integrado en la Rede de Pesquisa de Direitos Humanos e Transnacionalidade (REDHT). Este trabajo se terminó de redactar el 30 de mayo de 2021.

** Profesora del Departamento de Derecho, Universidade Federal de Sergipe (Brasil); Doctora en Derecho del Trabajo, Universidade de São Paulo (Brasil); Líder del equipo de investigación CNPQ “Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais” de la Universidade Federal de Sergipe (GEDH-UFS); Directora de la Rede de Pesquisa de Direitos Humanos e Transnacionalidade (REDHT); Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS).

*** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Autònoma de Barcelona (España), jubilado; Investigador del Instituto de Estudios del Trabajo, Universitat Autònoma de Barcelona (España); Profesor Visitante del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidade Federal de Sergipe (PRODIR-UFS, Brasil); Miembro del equipo de investigación CNPQ “Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais” de la Universidade Federal de Sergipe (GEDH-UFS); Miembro de la Rede de Pesquisa de Direitos Humanos e Transnacionalidade (REDHT); Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS).

glosa del estado actual del debate, haciendo mención especial de las siguientes cuestiones del Proyecto: de su ámbito subjetivo y objetivo, de las obligaciones de los estados y de las empresas transnacionales y otras empresas implicadas; del acceso a la justicia de las víctimas; del alcance de la jurisdicción para conocer de los incumplimientos y la reparación de daños. La primordial novedad del Proyecto es su condición de vinculante; de aprobarse en los términos previstos, representaría el fin del paradigma de la voluntariedad imperante hasta ahora en la ordenación internacional de los derechos humanos en el ámbito de las multinacionales.

Palabras clave: Derechos humanos, empresas, empresas multinacionales, obligaciones y responsabilidades, reparación de daños, jurisdicción.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Empresa y derechos humanos: antecedentes próximos y una década de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011. 3. Proceso de elaboración del Proyecto de Instrumento Vinculante: una larga negociación todavía inacabada. 3.1. Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. 3.2. Seis periodos de sesiones de deliberación y tres borradores del Proyecto. 3.2.1. Primeras deliberaciones constructivas. 3.2.2. Negociaciones sustantivas. Y estado actual del debate. 4. Bibliografía.

The Draft Binding International Instrument on Business and Human Rights: End of the Voluntary Paradigm?

ABSTRACT: The process of preparing the Reference Project developed at the United Nations has resulted in six negotiating sessions 2015 to 2020 during which three successive drafts of the Project have been prepared (2018, 2019 and 2020), and is a process that remains open pending further meetings (2021) pending a final result that, for now, is uncertain. It discusses the main aspects of the Project discussed in each of the previous periods of negotiations and assesses the content of each of the three drafts of the Project. The study concludes with the presentation and gloss of the current state of the debate, making special mention of the following issues of the Project: its subjective and objective scope, the obligations of states and transnational corporations and other companies involved; the access to justice for victims; the scope of jurisdiction to deal with breaches and reparation for damages. The first novelty of the project is its condition of binding; if it is approved in the terms envisaged, it would represent the end of the paradigm of voluntariness prevailing until now in the international organization of human rights in the field of multinationals.

Key Words: Human rights, enterprises, multinational companies, obligations and responsibilities, repair of damages, jurisdiction.

1. Introducción

La relación entre la empresa y los derechos humanos no siempre ha sido ni es pacífica, y menos cuando se trata de multinacionales. Las expectativas de mejorar tal situación están en buena parte depositadas actualmente en el Proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas (en adelante, Proyecto de Instrumento Vinculante o Instrumento Vinculante).

El Proyecto de Instrumento Vinculante ocupa un lugar destacado en la agenda de las relaciones internacionales desde hace unas dos décadas, aunque no se pergeñó hasta 2014, y desde entonces sigue un proceso de elaboración que ha consumido seis periodos de sesiones de deliberaciones (desde 2015 a 2020) del grupo de trabajo habilitado al efecto en Naciones Unidas, dando lugar a un documento preparatorio (2017) y a tres sucesivos borradores (Borrador Cero de 2018; Borrador Revisado de 2019; Segundo Borrador Revisado de 2020). A fecha de hoy (mayo 2021), tal proceso de preparación sigue su curso sin fecha de cierre prevista.

Este estudio acota los aspectos más relevantes debatidos en cada uno de los seis periodos de reuniones referidos y, concluye presentando el estado actual del debate sobre el Proyecto de referencia. Los comentarios vertidos en estas páginas, de cariz jurídico laboral, son reflexivos por su tono, obligadamente breves en extensión, y son *provisionales* por cuanto se refieren a un proceso inacabado. La bibliografía y la documentación sobre la cuestión es voluminosa y prolija, la citada en estas páginas es un apretado resumen.

Son tantas las *proclamas* divulgadas y pregonadas sobre los derechos humanos, que resulta difícil creer que no exista un marco normativo internacional que obligue a cumplirlos todos de manera real y efectiva en todos los lugares. Tanto es así que, posiblemente, los comentarios que se contemplan en estas páginas perderían buena parte de sentido, si aquí y ahora no se recordara, a todos los efectos, unos hechos: el 24 de abril de 2013 fallecieron unas mil personas, la mayoría trabajadoras, en el hundimiento del edificio Plaza Rana (Savar, Bangladesh) de 8 plantas, en las que se fabricaban, en condiciones laborales precarias, prendas de vestir que comercializaban conocidas empresas con intereses en distintos estados, dicho sea a modo de ejemplo, pues no son los primeros sucesos ni los últimos de tal condición, ni son los más o menos graves.

2. Empresa y derechos humanos: antecedentes próximos y una década de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011

El binomio empresa y derechos humanos tiene su origen en torno a la década de los setenta del siglo anterior¹, y la relación existente entre sus términos ha sido bastante convulsa desde entonces, especialmente en el caso de las multinacionales y sus cadenas mundiales de suministro², aunque con diferencias regionales³.

El Proyecto de Instrumento Vinculante parte de la idea que los derechos humanos universales, por globales, pueden proteger los derechos laborales en el ámbito de las empresas multinacionales (globalización de derechos y económica, o viceversa)⁴; su elaboración preocupa en sede internacional

¹ A modo de ejemplo, ver el “Informe VI Empresas Multinacionales del Secretario General” de NU (A/CN.9/104), 21 de marzo de 1975, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 1975, vol. VI; Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social del Consejo de Administración de la OIT, aprobada en su 204ª reunión de noviembre de 1977.

² Vid. AA.VV., *Empresas y derechos humanos: una relación compleja*, Aportes DPLF, 2011, n. 15; M. DE LA CUESTA, E. PARDO (coords.), *Empresas, Derechos Humanos y Competitividad. Principales resultados*, Cátedra Telefónica-UNED, 2014; A. GINER, *Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos*, en *Lan Harremanak*, 2008, n. 19, pp. 67-87; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *Empresas transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Bomarzo, 2018; J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrabegemónicas transnacionales*, Hegoa y Omal, 2009; W. SANGUINETI RAYMOND, *La tutela de los derechos fundamentales en las cadenas de producción de las empresas multinacionales*, en Á. FIGUERUELO BURRIEZA, F.J. GORJÓN GÓMEZ (coords.), *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica. Homenaje a los 75 años de la Universidad de Nuevo León*, Comares, 2008; W. SANGUINETI RAYMOND, *Transnacionalización del derecho del trabajo y empresas multinacionales*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. extra. 1.

³ Vid. L. ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, A.C. FONTES FIGUEIREDO MENDES, *Trabalho escravo contemporâneo: análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, en *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, 2018, n. 2, pp. 146-168; H. CANTÚ RIVERA (coord.), *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. Instituto Interamericano de derechos humanos, IIDH, 2017; F. PÉREZ AMORÓS, *Sistema europeo de protección de los derechos humanos laborales: cuestiones de presente y retos de futuro*, en *Revista Científica Criterio Académico*, 2020, n. 4, pp. 57-98; A. PIGRAU SOLÉ, *Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, en M.C. MARULLO, F.J. ZAMORA CABOT (coords.), *Empresas y derechos humanos: temas actuales*, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 27-68; C. REYNOSO CASTILLO, *Los derechos humanos laborales*, Universidad Autónoma Metropolitana, Tirant lo Blanch, 2017; T. USHAKOVA, *Las empresas y la protección de los derechos humanos en el sistema del Consejo de Europa*, en *Revista Internacional Consinter de Direito*, 2018, n. VII, pp. 359-376.

⁴ Vid. O. ERMIDA URIARTE, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, en *IUSLabor*,

desde hace ya unas dos décadas⁵; a efectos discursivos, se adelanta desde un principio, que el buen fin del debate sobre tal Instrumento Vinculante, ni parece próximo, ni, mucho menos, está asegurado a fecha de hoy⁶.

Como antecedentes más próximos del Instrumento en cuestión, merecen cita propia los siguientes.

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH)⁷ aprobó en abril de 2008 el documento [Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie](#), comúnmente denominado Marco de la ONU “Proteger, Respetar, Remediar” para las actividades empresariales y los derechos humanos o, simplemente, Marco o Informe John Ruggie⁸, un texto que por la expectativas que suscitó en su momento se denominó

2017, n. 1.

⁵ Por ejemplo, a partir del Pacto Global (Kofi Annan, en Davos, 1999), recordar tres datos significativos y distintos: las *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos* (agosto 2003) de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que no fueron aceptadas por el Consejo de Derechos Humanos de NU en 2004; el *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, 15 febrero 2005; la Resolución 2005/69 de la Comisión de Derechos Humanos, 20 abril 2005, sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. *Vid.* H. CANTÚ RIVERA (coord.), *op. cit.*, y H. CANTÚ RIVERA, *Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos*, *ibidem*, pp. 27-83, C. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Siglo Veintiuno, 2018; J.G. RUGGIE, *¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales*, *ibidem*.

⁶ *Vid.* D. CASSEL, *Opciones para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Avances y estado del arte*, en A. VON BOGDANDY ET AL. (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM-IIJ, 2018; A. GUAMÁN, *Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)*, en *Jueces para la Democracia*, 2018, n. 92, pp. 100-124, y en *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 81, pp. 197-218; D. IGLESIAS, *Explorando las fronteras del Derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos*, en *Akademia*, 2018, n. 1, pp. 165-214; D. IGLESIAS-MÁRQUEZ, [Nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos en el contexto de la globalización: apuntes sobre el tratado de empresas y derechos humanos](#), en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2019, vol. 14, pp. 229-249; A. TREBILCOCK, *El desastre de Rana Plaza siete años después: Iniciativas transnacionales y proyectos de tratado*, en *Revista Internacional de Trabajo*, 2020, n. 4, pp. 599-626.

⁷ Resoluciones y Decisiones del CDH, en NACIONES UNIDAS, [Informe del Consejo de Derechos Humanos](#), A/75/53, 2020.

⁸ John G. Ruggie fue nombrado para tal cargo en 2005, y lo ostentó hasta 2011.

la “paz de Ruggie”.

Tal Informe, según anticipa su propio título, se sustenta sobre tres principios básicos: 1) el deber del estado de proteger a las víctimas por los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular, por las empresas; 2) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos (diligencia y responsabilidad de las empresas); 3) la existencia de vías efectivas y mecanismos eficaces de investigación, sanción y consiguiente reparación de tales agravios. Estos tres principios esbozan el primer marco conceptual – sujetos, objeto y contenido de la protección de derechos humanos – sobre el que el propio CDH realizaría dos operaciones de calado en 2011: 1) hizo suyos – por unanimidad de los 47 estados miembros – los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar (en adelante, Principios Rectores)⁹; 2) creó el denominado Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas¹⁰.

Los Principios Rectores, según el aludido Informe Ruggie, forman un todo y se dirigen a los estados en beneficio de las víctimas, y se sustentan en tres pilares generales: «a) Las [...] obligaciones de los Estados de respetar,

⁹ El Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (John Ruggie), elevó al Consejo de Derechos Humanos su Informe final, [Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”](#), A/HRC/17/31, 21 marzo 2011, en el que resume su labor entre 2005 y 2011, y anexa los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”* con vistas a su consideración por el Consejo de Derechos Humanos. El Consejo de Derechos Humanos toma en consideración dichos Principios Rectores por medio de su [Resolución 17/4 de 16 de junio de 2011](#), A/HRC/RES/17/4.

¹⁰ La propia [Resolución 17/4](#), cit., creó el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (también conocido como el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos), integrado por cinco expertos independientes con una representación geográfica equilibrada, que entre otros, tiene el mandato de promover la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar), competencia que explica que a dicho Grupo de Trabajo también se le haya denominado Grupo de Trabajo sobre Principios. *Vid.* la [página web de este Grupo de Trabajo](#), en la que constan los Informes del Grupo de Trabajo presentados al Consejo de Derechos Humanos y los Informes del Grupo de Trabajo elevados a la Asamblea General, algunos de los cuales contienen referencias a la problemática de los derechos humanos en las empresas. El Grupo de Trabajo sobre las empresas y los Derechos Humanos, tal como establecen las resoluciones [17/4](#), cit., y [35/7](#) del Consejo de Derechos Humanos, también dirige y preside el Foro de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, del que se tratará.

proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y, c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento»; y, a su vez, cada uno de los tres pilares, engloba una serie subprincipios o reglas fundacionales y operativas (31 en total). Los títulos de los tres pilares se corresponden a las tres partes nucleares del Informe: II, *El deber del Estado de proteger los derechos humano*; III, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*; IIV, *Acceso a mecanismos de reparación*¹¹.

Tales “triadas”, significativas por lo que anticipan sobre la cuestión objeto de reflexión, vertebran una gobernanza de los derechos humanos en el ámbito internacional de las empresas calificada de compartida de forma asimétrica entre tres actores, pues mientras al estado se le impone un “deber” (u “obligaciones”) de “proteger” los derechos humanos, a las empresas, simplemente, se les exige “responsabilidad” (no “deberes” u obligaciones directas) para “respetar (los)”, y el tercer actor – la víctima, protagonista por protegido – resulta que no tiene plenamente asegurados medios efectivos suficientes para reclamar y/u obtener la “reparación” debida por incumplimiento de tales deberes y responsabilidades, hándicap que es una nota clave del debate.

Aceptando que los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos de 2011 sean un antecedente y referente de mención indispensable para reflexionar por qué y cómo se elabora actualmente un instrumento internacional jurídico vinculante sobre los derechos humanos en las empresas – y recordando que el próximo 16 de junio de 2021 ya cumplen una década –, se formulan a continuación unas consideraciones sobre los mismos¹².

Los Principios Rectores fueron asumidos por el CDH con unanimidad, una decisión cuya relevancia se debe modular recordando que parte de tal consenso, también se debe a que ciertos de sus aspectos controvertidos se suprimieron del texto sometido a votación: como se ha escrito, existió una «alfombra del consenso», bajo la que se escondían discrepancias¹³, que más

¹¹ Según el Informe final [A/HRC/17/31](#), cit.

¹² Vid. J.L. GIL Y GIL, *La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 6-70.

¹³ Vid. S. DEVA, *Tratar los derechos humanos a la ligera: una crítica de la retórica del consenso y el lenguaje empleado por los principios rectores*, en S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, 2013.

pronto que tarde resurgirían, si es que en algún momento desaparecieron realmente.

Los Principios Rectores están enunciados con un tono generalista – *pro pactista* – que en ocasiones puntuales dificulta su puesta en práctica, y, en otras se refieren a una serie de obligaciones en materia de derechos humanos que algunos estados ya habían asumido, y que si lo vuelven a hacer es, en parte, para reintentar que otros las suscriban también. Tales Principios Rectores, por sí mismos, no generan – en sentido estricto – nuevas obligaciones a todos los estados, sino que, simplemente, les compelen a respetarlos de acuerdo con la normativa internacional vigente; y, tales Principios también impelen a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura, a respetar los derechos humanos, pero lo hacen sin atribuirles obligaciones directas. En este sentido, se afirma que los Principios Rectores no son vinculantes – ni para aquéllos ni para éstas – sino indicativos (*soft law*), circunstancia esta que los caracteriza¹⁴, y los hace merecedores de halagos o de críticas, pues de los mismos se ha escrito, tanto, que son un avance, como, que son un freno cuando no un paso atrás. Tras una década desde su puesta en práctica, con más o menos éxito, lo cierto es que los Principios Rectores han colaborado, por acción o por omisión, a abrir el camino a nuevos proyectos, tales como, por ejemplo, al futuro instrumento jurídicamente vinculante sobre derechos humanos y empresas: «Los Principios Rectores no servirá[n] por sí solos para poner fin a los problemas que plantea la cuestión de las empresas y los derechos humanos. Pero marcará[n] el fin del comienzo [...] como base para seguir avanzando»¹⁵.

Desde un plano teórico, no existe una dicotomía entre los dichos Principios Rectores de 2008 (no vinculantes) y el repetido Instrumento Vinculante, es más, ambas experiencias podrían convivir, complementarse, y retroalimentarse¹⁶; cuestión distinta, es que ciertos planteamientos desconfíen de la eficacia práctica del Instrumento Vinculante por razones

¹⁴ Vid. J.E. ESTEVE MOLTÓ, *Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, n. 27, pp. 317-351; C.R. FERNÁNDEZ LIESA, M.E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ (dirs.), *Empresas y derechos humanos*, Aranzadi, 2018.

¹⁵ Según la Introducción del texto *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”* del Informe final [A/HRC/17/31](#), cit.

¹⁶ Vid. J. RUIZ GALAN, *Búsqueda de consensos sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia un Instrumento Internacional Vinculante*, en *American University International Law Review*, 2017, vol. 32, n. 4, pp. 819-857.

jurídicas o de política del derecho¹⁷, o que, incluso se utilice la existencia de dichos Principios Rectores – siempre modulables, pero nunca vinculantes – para intentar frenar alternativas vinculantes por razones extrajurídicas. Y por lo demás, los Principios Rectores son uno de los primeros instrumentos internacionales no vinculantes en la materia, que han tenido acogida en la OIT¹⁸, y que inspiran y forman parte de un conjunto de instrumentos internacionales¹⁹ que apuestan por la «voluntariedad como paradigma dominante»²⁰ para lograr la protección de los derechos humanos en el entorno de las empresas transnacionales, operación que no parece tener todo el éxito pretendido según reconoce, por ejemplo, la propia OIT (Resolución OIT de 19 junio 2016, citada *supra*). La superación del paradigma de la voluntariedad por un nuevo Instrumento – real y efectivamente – Vinculante parece necesaria: «los Principios [Rectores] no ofrecen ninguna solución efectiva [...] porque no son vinculantes ni para unos [gobiernos] ni para otras [empresas]»²¹ o, es más, los Principios son «¿un paso atrás?»²².

¹⁷ Vid. C. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.), *op. cit.*; J.G. RUGGIE, *op. cit.*; J.G. RUGGIE, '[Guiding Principles' for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group](#), Harvard Kennedy School, 2018.

¹⁸ Por ejemplo, en la Resolución OIT relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, adoptada el 19 junio 2016.

¹⁹ Tras los Principios Rectores de Naciones Unidas de 2011, aparecen textos internacionales no vinculantes que también afectan a la problemática empresas y derechos humanos, tales como los siguientes: 1) Las [Líneas Directrices de la OCDE](#) para Empresas Multinacionales, cuya versión revisada de 2011 incorpora incorporó un nuevo capítulo sobre derechos humanos de acuerdo con los repetidos Principios Rectores; 2) [La Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social](#) de la OIT en su quinta versión de marzo 2017; 3) El [Pacto Mundial de las Naciones Unidas](#) (2000), no vinculante sino voluntario, para que las empresas incorporen 10 principios universales relacionados con los derechos humanos y otras cuestiones, y así mismo para que las empresas actúen de acuerdo con los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 (NU, Asamblea General, A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015). Partiendo de las previsiones internacionales, a nivel regional europeo (tanto el Consejo de Europa, como la Unión Europea) y a nivel regional interamericano existe instrumentos y mecanismos que procuran la protección de los derechos humanos en el ámbito de las empresas y de las multinacionales; tanto el sistema europeo como el interamericano merecen una atención monográfica, pero aquí y ahora sólo resultarán posibles alguna que otra simple remisión a los mismos.

²⁰ A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*

²¹ J.A. MORENO, [Derechos humanos y empresas transnacionales: algo se mueve](#), en www.agorarsc.org, 3 septiembre 2015.

²² A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*

3. Proceso de elaboración del Proyecto de Instrumento Vinculante: una larga negociación todavía inacabada

3.1. Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos

El Consejo de Derechos Humanos, por medio de su Resolución 26/9, aprobada el 26 junio de 2014²³, estableció un denominado Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (GTI) al que confía elaborar un «instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos», a la vez que impone pautas sobre el contenido y procedimiento para elaborarlos²⁴.

Desde este momento conviene formular una precisión sobre el ámbito subjetivo del Proyecto que genera polémica. La propia Resolución clarifica a pie de página (*sic*) que la expresión “(y) otras empresas” que consta al final de su título «se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente»: una previsión confusamente formulada vía inclusión/exclusión, que según voz autorizada – y, estimamos, acertada – significa que se pretende «excluir a las empresas nacionales, de modo que el nuevo marco jurídico se aplique únicamente a las empresas transnacionales»²⁵; una previsión, que es y será objeto de polémica porque hay quienes han mantenido y mantienen que “otras empresas”, se refiere a todas las empresas sin más (no solo a las que desarrollan actividades transnacionales y forman parte de la cadena de tales).

Dicha Resolución 26/9 (2014), se aprobaría en el CDH por 20 votos contra 14 y 13 abstenciones. Con tales resultados la polémica está servida, y más si se advierte cuáles son los estados (y cuales sus planteamientos) que se abstuvieron en la votación, cuales los favorables, y, cuales los contrarios (entre éstos, Estados Unidos, la UE y todos los estados europeos de la

²³ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 26/9 el 26 junio de 2014, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos* (A/HRC/RES/26/9).

²⁴ *Vid.* A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*

²⁵ J. RUGGIE, *The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty*, en www.ihrrb.org, 8 julio 2014.

UE)²⁶: el norte global se posiciona frente al sur global²⁷. Tales resultados en la votación, sin duda, contrastan con la comentada unanimidad con la que se aprobaron los citados Principios Rectores, pero extraña menos si se recuerda que éstos no eran vinculantes mientras que el Instrumento que ahora se plantea sí lo sería, y si además se tienen en cuenta otras razones que explican el fondo de dicha unanimidad, alguna ya anticipada y otra que se explicitarán.

Este contraste de pareceres, ya reflejado en la misma Resolución 26/9 que origina el Instrumento Vinculante de referencia, reaparecerá en otros momentos²⁸, y, con especial intensidad se suscitará en todas las reuniones del GTI desarrolladas para elaborarlo, desde la primera hasta la última.

La conveniencia de un Instrumento Vinculante de tales características ya se había considerado con anterioridad²⁹, pero no se había institucionalizado hasta que lo hace la repetida Resolución 26/9³⁰, calificada por ello, como «un paso sin precedentes»³¹, apreciación cierta, y más que lo es teniendo en cuenta las discrepancias existentes desde buen principio.

3.2. Seis periodos de sesiones de deliberación y tres borradores del Proyecto

El GTI, hasta la fecha, ha celebrado seis periodos de reuniones (2015-2020)

²⁶ Tales resultados de la votación, constan en la precitada Resolución 26/9, A/HRC/RES/26/9, cit.

²⁷ Vid. D. IGLESIAS MÁRQUEZ, [Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades](#), en *Revista Deusto de Derechos Humanos*, 2019, n. 4, pp. 145-177; J. RUGGIE, [The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty](#), cit.

²⁸ Curiosa o significativamente, un día después de aprobada la antecitada Resolución 26/9 con la ajustada votación comentada, es decir, el 27 de junio de 2014, el propio CDH aprueba, “sin votación”, otra Resolución 26/22, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22, auspiciada por Noruega y veinte países. Texto de tal Resolución. En esta Resolución se solicita al Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y a la Alta Comisionada de UN para los Derechos Humanos que informen y estudien sobre los progresos conseguidos en la aplicación de los Principios Rectores relacionadas son ciertos aspectos propios del proyecto de instrumento vinculante jurídicamente elaborado en el citado GTI, coincidencias que si no se califican de interferencias sí que podrían reflejar cierta falta de unidad de acción entre ambos grupos de trabajo del propio CDH de NU.

²⁹ Vid. C. LÓPEZ, *Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco jurídico internacional*, en *Aportes DPLf*, 2015, n. 20, pp. 4-6.

³⁰ Vid. Resolución CDH 26/9 de 2014.

³¹ J. RUGGIE, [The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty](#), cit.

en torno al Proyecto de Instrumento Vinculante de referencia. Los dos primeros se ocuparon de determinar y ordenar los aspectos base del tema a tratar (deliberaciones constructivas), y las cuatro restantes, para concretarlos (deliberaciones sustantivas), reuniones de trabajo que han dado forma a un documento base (2017) y a tres borradores del Proyecto (2018, 2019 y 2020). El proceso de negociaciones sigue abierto, y como se relatará, ya está previsto el séptimo periodo de reuniones para este año 2021 en fecha a determinar.

Interesa consultar – además de otra documentación que recibe o solicita el GTI y otras aportaciones externas – el documento base o – en su caso – el borrador del Proyecto discutido en cada periodo para deducir sus aportes, y además tener en cuenta el Informe del Presidente-Relator de cada periodo para conocer así los planeamientos de los participantes en el debate³². Se avanza, que el estudio de estos dos documentos de cada una de los seis periodos, evidenciará que el proceso de preparación en cuestión ha sido y es, en ocasiones, repetitivo y zigzagueante, y por lo general, algo lento en opinión de quien suscribe.

El debate tiene sus momentos más álgidos en tales reuniones anuales de la GTI, aunque continúa abierto durante todo el año en otras sedes de NU³³, en foros de la sociedad civil de muy distinta condición³⁴, y en el ámbito académico. Se subraya que la intervención y las aportaciones de los actores sociales en tal proceso de elaboración es una de sus singularidades, tal y como corresponde a la composición del GTI.

³² Como se comprobará, en el sitio web oficial del GTI se recoge toda la documentación de cada uno sus distintos períodos de sesiones.

³³ El [Foro de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos](#), creado en 2011 por el CDH, dirigido y presidido por el Grupo de Trabajo sobre las empresas y los Derechos Humanos, se desarrolla cada año para tratar de temas relacionados con los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (el marco para “Proteger”, “Respetar” y “Remediar”)*. Sus sesiones anuales acogen debates sobre aspectos puntuales que tienen su reflejo tanto en las reuniones del Grupo de Trabajo sobre las empresas y los Derechos Humanos, como en las del GTI; ver [Informes del Foro](#).

³⁴ Por ejemplo: Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder de las Transnacionales y poner Fin a la Impunidad ([Campaña Global](#)); [Normas vinculantes para enfrentar la impunidad de las empresas transnacionales](#); el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos ([Business Human Rights Resource Centre](#)); [Amigos de la Tierra](#); [CIDSE](#) (juntos por la justicia global). De algunos de estos actores, se referenciarán algunas de sus aportaciones escritas al debate.

3.2.1. Primeras deliberaciones constructivas

Según el orden previsto, estas sesiones se dedicaron, principalmente, a perfilar cuatro cuestiones: «el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional» (ex Resolución CDH 26/9 de 2014).

*Primer periodo de sesiones del GTI (6-10 de julio de 2015)*³⁵

Las aportaciones de esta primerísima fase se pueden obtener, principalmente, de dos fuentes: de las mesas redondas celebradas en el marco de dichas reuniones y del Informe final del periodo. De ambas, se deduce que existían serias desavenencias entre las delegaciones del GTI, algunas de las cuales llegaron a manifestar – ya en tan pronta ocasión – su oposición más o menos explícita al referido Instrumento Vinculante (v.gr. la propia UE)³⁶.

El Informe del Presidente-Relator del GTI³⁷, tras resumir los preliminares y las declaraciones generales sobre el alcance y los elementos del instrumento internacional jurídicamente vinculante, deja constancia del desarrollo de las 8 mesas redondas celebradas, cuyos títulos por el tema tratado en cada una, son la mejor lista de los aspectos más debatidos. Así, por ejemplo, una mesa trata del *Alcance del instrumento: empresas transnacionales y otras empresas; conceptos y naturaleza jurídica en el derecho internacional* y otras sobre las «obligaciones de los estados», las «responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas».

Por lo que aquí interesa, los desacuerdos más sensibles se pueden compendiar en dos: formalmente se acepta que las relaciones entre los precitados Principios Rectores (no vinculantes) y el nuevo Instrumento Vinculante sean de complementariedad, pero se discute el alcance de tal vínculo, que es tanto como decir que se discrepa sobre tal carácter vinculante; y, se disiente sobre si el nuevo instrumento afectaría, sólo a las transnacionales, o también a las empresas nacionales. Es demostrativa al respecto, la insistencia de algunas delegaciones (v.gr. la UE) en que se añada

³⁵ [Desarrollo y documentación del primer periodo de sesiones GTI.](#)

³⁶ Vid. AA.VV., [Transnacionales y Derechos Humanos](#), América Latina en Movimiento, 2016, n. 520; H. CANTÚ RIVERA, *¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, vol. XVI; A. GUAMÁN, G. MORENO, *El fin de la impunidad. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos*, Icaria, 2017.

³⁷ [Informe del primer periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante](#), A/HRC/31/50.

el término “todas” a la palabra “empresas” cada vez que la misma se debatía o documentaba en las reuniones: ha sido esta una constante desde principio a final.

El Informe de este primer periodo de sesiones del GTI, se aprueba el 10 julio de 2015, y se presentaría al Consejo de Derechos Humanos para su examen en su [31er período de sesiones](#).

Segundo periodo de sesiones del del GTI (24-27 de octubre de 2016)³⁸: especial consideración del documento Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante

El Informe del Presidente del GTI correspondiente a esta fase³⁹ resume las actividades realizadas durante la misma y los planteamientos de los intervinientes más sustanciales. Da cuenta de cada una de las seis mesas redondas celebradas sobre temas monográficos (naturaleza, ámbito, responsabilidades, etc), pero que, en la práctica, en todas se debate de casi todo, dando así prueba del tipo de desacuerdo que realmente existe. Algunos planteamientos de parte sobredimensionan tanto los Principios Rectores de 2011 (no vinculantes) frente al futuro Instrumento Vinculante proyectado, que bien parece que se quiere desmerecer el carácter vinculante del mismo. Ya se observa en el Informe que existen tentativas de ampliar el alcance del instrumento internacional jurídicamente vinculante para que abarque conjuntamente a «empresas transnacionales y otras entidades», es decir para que no afecte solo a las transnacionales, desdibujando así el planteamiento original de la repetida Resolución CDH 26/9, de 26 de junio de 2014. Se constatan algunos avances en la precisión de «la debida diligencia [requerida a las empresas] en materia de derechos humanos» y en la concreción de la «la jurisdicción extraterritorial» en casos de abuso de dichos derechos. Quedan a la vista las reticencias de algunas delegaciones para establecer obligaciones (directas) de las empresas transnacionales en orden a la protección de tales derechos. Y así mismo, se desprende del Informe de referencia tenues intentos para favorecer el acceso a la justicia nacional e internacional por partes de las víctimas, que por sus costes es también difícil de conseguir en muchos casos, un objetivo este que condiciona muchas otras cuestiones (recursos, garantías y reparaciones, temas puntuales menos tratados hasta el momento) que forman parte del núcleo duro del Proyecto.

³⁸ [Su desarrollo y documentación](#) en sitio web oficial del GTI.

³⁹ [Informe del segundo periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/34/47.](#)

Este Informe permite concluir que la mayoría de las delegaciones del GTI reafirman formalmente la necesidad de un Instrumento Vinculante para superar los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que supere «la asimetría entre los derechos y las obligaciones de las empresas transnacionales en los tratados bilaterales de inversión y los acuerdos de libre comercio» (Informe citado), pero ocurre que siguen sin encontrar el punto justo de tal complementariedad, debido, en el fondo, a sus discrepancias sobre el sentido vinculante del nuevo instrumento proyectado, que es tanto como desconfiar del mismo.

El GTI aprobó *ad referendum* el 28 octubre 2016 el proyecto del referido Informe y decidió confiar a la Presidenta-Relatora su finalización y presentación al Consejo de Derechos Humanos para que este lo examinara en su [34° período de sesiones](#) (27 de febrero de 2017-24 de marzo de 2017). Finiquitado este segundo periodo, la propia Presidenta-Relatora del GTI (Ecuador) resume el estado de la cuestión considerando que «la Resolución 26/9 [...] es un punto de quiebre en la evolución de la normativa internacional de los derechos humanos, pues abrió el camino para avanzar en la tarea de completar vacíos importantes en el derecho internacional de los derechos humanos», e identificaba el núcleo duro de la problemática al decir que «se ha evidenciado que existe una asimetría de poder, donde las transnacionales pueden acceder a mecanismos de arreglos de diferencias y demandar a los Estados, sin embargo, ni éstos ni las comunidades tienen mecanismos internacionales para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos, el acceso a la justicia y la reparación»⁴⁰.

La referida Resolución del CDH 26/9, de 26 de junio de 2014 (párrafo operativo 3), mandata que, concluido el segundo periodo de reuniones, el Presidente(a)/Relator(a) del GTI deberá preparar «los elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de emprender las negociaciones sustantivas sobre el tema al comienzo del tercer período de sesiones del grupo de trabajo», requerimiento que se recoge en el Informe de este segundo periodo de 2016. Y, así pues, concluido este periodo de reuniones del GTI, la Presidencia del GTI elabora el documento [Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), fechado el 29 de septiembre de 2017 (*Elementos para el proyecto*, en adelante), y lo publica el día el 2 de octubre de 2017, es decir, con escaso tiempo para conocerlo antes del inicio del tercer periodo de sesiones del GTI en el que se discutiría dando comienzo a las negociaciones

⁴⁰ M.F. ESPINOSA GARCÉS, [Avanza construcción de instrumento vinculante](#), en [alainet.org/es](#), 16 diciembre 2016.

sustantivas.

Dicho texto *Elementos para el proyecto*, cuya importancia ya se intuye y subraya antes de comentar su contenido, identifica con cierto pormenor y sistematiza los aspectos y (sub)aspectos – elementos – de referencia de un futuro instrumento jurídico, cuáles son los siguientes. 1) Diseña el marco general de un instrumento “vinculante” que garantice «el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos frente a las violaciones o abusos resultantes de las actividades de las ETs [empresas transnacionales] y OEs [otras empresas]», pergeñando así ya los sujetos, el objeto o referente y los derechos en juego en el debate. 2) Fija su ámbito – triplemente amplio – con los siguientes términos: «debe abarcar todas las violaciones o abusos de derechos humanos resultantes de las actividades de las ETs y OEs que tienen carácter transnacional, independientemente de su modo de creación, control, propiedad, tamaño o estructura». Abarca pues todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos y alcanza todas las «violaciones o abusos a los derechos humanos resultantes de cualquier actividad empresarial de carácter transnacional» (es decir, tanto de actividades de ETs como de OEs), incluidas todas las empresas de cadenas de suministro y valores, de la matriz hasta las filiales o similares. Resulta evidente que «el factor determinante es la actividad desarrollada por las ETs y OEs, particularmente si dicha actividad tiene carácter transnacional» (punto 2 del documento *Elementos para el proyecto*), no si se trata de una ETs de OEs en sí mismo consideradas. 3) Establece obligaciones a los sujetos concernidos: al estado la “obligación primaria” de proteger; a las transnacionales y otras empresas – públicas y privadas – las “obligaciones generales” de cumplir las normas sobre derechos humanos; a las personas naturales, acceso a la justicia (*infra*). 4) Plantea que el estado asegure que las empresas prevengan las violaciones de derechos humanos actuando, por ejemplo, con la diligencia debida. 5) Prevé que los estados realicen todas las acciones necesarias, incluyendo medidas normativas y de otra índole, para asegurar la responsabilidad jurídica (administrativa, civil y penal) de las ETs y OEs, y, en su caso, de las personas naturales implicadas, aunque no precisa más. 6) Considera que los estados deben asegurar a las víctimas el acceso a la justicia, los recursos efectivos y garantías de no repetición. 7) Patrocina un «concepto amplio de jurisdicción» que permita a las víctimas acceder a la justicia y obtener reparaciones «ya sea a través del foro donde el daño fue causado, o en el foro donde la empresa matriz está radicada o donde tiene presencia sustancial», incluyendo «sus filiales, subsidiarias, afiliados, u otras entidades directa o indirectamente controladas» (aunque cierto es que no utiliza el término “extraterritorialidad”). 8) Estima necesario el establecimiento de medidas de “cooperación internacional”. 9) *Idem*, de

«mecanismos de promoción, implementación y monitoreo». 10) Y, por último, el referido documento *Elementos para el proyecto*, incluye unas *Disposiciones generales*, entre las que merece cita propia la cláusula que establece la «primacía de este instrumento sobre otras obligaciones derivadas de los sistemas jurídicos de comercio e inversión».

De todas las aportaciones del documento *Elementos para el proyecto*, quizás cuatro se deben retener más: 1) que sea la “actividad empresarial” el factor determinante del ámbito del instrumento proyectado (punto 2): es un referente híbrido o ecléctico, pues no se identifica totalmente ni con las transnacionales ni todas las otras empresas, sino con ciertas actividades de ambas; 2) que se establezcan obligaciones – directas – a las empresas (privadas y públicas) sobre protección de derechos humanos (punto 3); 3) la tendencia a aceptar responsabilidades por actos cometidos en otro estado – extrajudicialidad/extraterritorialidad –, en aras al «concepto amplio de la jurisdicción» (punto 7); 4) la primacía del instrumento proyectado sobre otras obligaciones (punto 10)⁴¹. Estas cuatro referencias confirman la anticipada relevancia del documento de referencia, pero quizás la primera, es, en opinión de ciertos estudiosos, un (el) elemento clave porque delimita el referente básico – el ámbito subjetivo – del Instrumento en cuestión⁴²; y comprobar si tales cuatro referencias se recogen o no en cada borrador elaborado, y si se aceptan o no en el estado actual de la cuestión, ayuda mucho a evaluar los resultados obtenidos en orden a la elaboración del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas y derechos humanos. El texto *Elementos para el proyecto*, es una propuesta *institucional* (no de parte), ni de mínimos ni de máximos, es amplio, mínimamente ordenado y equilibrado a los efectos que persigue, y como tal, su nivel de precisión, es – como se comprobará – superior al de los sucesivos borradores sobre el Instrumento Vinculante que se elaborarán durante la negociación, y a la vez, es, menos ambicioso que las propuestas de algunos colectivos defensores de los derechos humanos. Por todo ello, y por otras razones, el texto *Elementos para el proyecto*, con casi toda probabilidad, conserve cierta utilidad en los momentos actuales a modo de hoja de ruta, dicho sea, a sabiendas que también es un texto calculadamente ambiguo en ciertos aspectos que merecerían mayor concreción, y que ya han transcurrido casi 4 años desde su publicación.

No resulta extraño, que, precisamente, sea a partir de tal documento *Elementos para el proyecto* que las negociaciones meramente constructivas dejaron paso a las negociaciones sustantivas, cambio de tercio, que debe –

⁴¹ Vid. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*

⁴² *Idem.*

o debería – profundizar en el debate y avanzar en la negociación.

3.2.2. Negociaciones sustantivas. Y estado actual del debate

Tercer período de sesiones del GTI (23 a 27 octubre de 2017)⁴³: discusión del documento Elementos para el proyecto y preparación del Borrador Cero como primer borrador institucional del Proyecto

Este periodo es de especial interés estratégico por dos razones: durante el mismo se discutiría un documento de la categoría que tiene el referido a *Elementos para el proyecto* (fechado el 29 de septiembre de 2017) que ya se ha comentado y calificado de referente para el debate; y, concluidas las deliberaciones del periodo, se elaboraría el primer borrador del Proyecto a discutir en el siguiente periodo.

Así, en puertas de este un nuevo periodo de reuniones de tales características, subió el tono del debate entre los negociadores en el seno del GTI. Desde buen principio se genera un desafío entre defensores⁴⁴ y reticentes o detractores del Instrumento Vinculante, que por lo demás, refleja un tipo de confrontación más complejo (norte global *versus* sur global).

Concluidas las reuniones de trabajo de esta tercera fase, se redacta el Informe final de la misma⁴⁵, que corrobora que la discusión y negociación adquieren un tono más elevado, especialmente sobre las cuestiones siguientes. Se sigue subrayando tanto el empaque de los Principios Rectores existentes desde 2011 (no vinculantes), que podría parecer que quienes lo hacen dudan de la necesidad de un nuevo instrumento sobre la cuestión (por todos, ver §§ 20 y 26 del Informe). En torno al ámbito, se reseñan las discrepancias sobre si son todos o sólo algunos los derechos humanos implicados pues ocurre que no todos los estados los han adoptado con igual intensidad, e igualmente se discurre sobre si las empresas afectadas son todas o solo las transnacionales (por todos, ver los §§ 55, 59 y 71 del Informe). Recoge la preocupación sobre cómo articular la puesta en práctica real del acceso a la justicia, del recurso efectivo, y de las garantías de no repetición en favor de las víctimas (por todos, §§ 92-97 del Informe).

⁴³ [Su desarrollo y documentación](#) en sitio web oficial del GTI.

⁴⁴ Vid. R. JÁUREGUI, [Por una norma internacional en favor de los Derechos Humanos](#), en [diarioresponsable.com](#), 6 octubre 2017.

⁴⁵ [Informe del tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), A/HRC/37/67.

Informa de las discusiones habidas sobre el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción necesario para hacer cumplir el futuro Proyecto Vinculante: «La mayoría de los debates se centró en si el texto debería permitir la jurisdicción extraterritorial y en el alcance de esa jurisdicción» (por todos, §§ 102 y 107 del Informe). Y, por último, el Informe de referencia, deja constancia que algunas delegaciones reclaman que se prevea la cooperación internacional a distintos niveles en aras a lograr que la aplicación del futuro instrumento resulte efectiva, pero discrepan sobre cómo concretarla (por todos, §§ 113 y 116 del Informe).

Esta sinopsis del Informe, ya demuestra que las negociaciones – aunque en parte repetitivas – no versan sobre aspectos coyunturales del instrumento jurídicamente vinculante de referencia, sino – cada vez más – sobre su *ser* (efectivo y real) o *no ser*, pues según como se configure, resultaría ser simplemente una más de las prácticas de responsabilidad social que ya existen en el mundo de la empresa⁴⁶ como expresión del comentado *paradigma de la voluntariedad*, o bien, resultaría ser un instrumento auténticamente vinculante para estados y empresas que podría trastocar el *statu quo* generando ciertas expectativas de progreso (*hard law versus soft law*). Según obra en el referido Informe resultante del tercer periodo considerado, se recomienda al Presidente/Relator «Presentar un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, [...] con miras a la celebración de negociaciones sustantivas durante su cuarto período de sesiones anual y los períodos de sesiones anuales ulteriores hasta el cumplimiento de su mandato».

El Informe final de periodo referenciado se aprueba en el GTI el 27 de octubre de 2017 para su presentación a la Comisión de Derechos Humanos en su [37º período de sesiones](#) (26 de febrero de 2018-23 de marzo de 2018). Consumidos los tres primeros periodos de sesiones del GTI realizadas desde 2015 a 2017, su Presidente-Relator, atendió la elaboración, del [Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del Derecho Internacional, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas](#) de 16 de julio de 2018 (conocido como Borrador Cero)⁴⁷, que presentado el 16 de junio de 2018 sería distribuido a partir del 20 de julio de 2018, y debatido en el cuarto periodo de sesiones del GTI (15-19 de octubre de 2018) tal y como

⁴⁶ Vid. L. ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, [La responsabilidad social de la empresa y su interrelación con el Derecho del Trabajo](#), en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 5, pp. 135-142.

⁴⁷ Traducción oficiosa al castellano del [texto original en inglés](#) realizada por Campaña Global por la Soberanía de los Pueblos, para desmantelar el poder Corporativo y poner fin a la Impunidad.

se expondrá en el sub epígrafe siguiente, no sin antes enfatizar que será la primera vez que se presenta en sede institucional un borrador articulado del instrumento jurídicamente vinculante sobre la materia en el sentido estricto del término de origen también institucional⁴⁸, primicia que debe acentuarse. Acorde con la mayor profundidad que adquiere el proceso de elaboración al pasar de su fase constructiva a la sustantiva, se intensifica algo más la participación de actores de la sociedad civil – una característica – en la elaboración del Instrumento Vinculante, que se materializa mediante varias aportaciones, por ejemplo, por medio de la propuesta sistematizada de un instrumento tal patrocinada por Campaña Global en octubre de 2017⁴⁹. Se trata de una proposición de parte – “de máximos” –, dedicada expresa y únicamente a «Empresas transnacionales y sus cadenas de suministros», que prevé que «Los Estados Partes reconocen la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre todo otro instrumento jurídico en particular los concernientes a comercio e inversión», y que dedica su Parte II a tratar, monográficamente, de las *Obligaciones de las Empresas Transnacionales*, detalles que transmiten el sentido de la propuesta. Los entrecomillados, sin más, ya traslucen el nivel de algunas de las novedades de la propuesta referida.

Una comparativa entre, el referido documento *Elementos para el proyecto* (fechado el 29 de septiembre de 2017) elaborado por la Presidencia del GTI, las propuestas de los actores de la sociedad como la precitada, y los borradores del Proyecto que se elaborarán, ilustraría el debate, y a su vez, afloraría la problemática y complejidad que encierra un sistema internacional de gobernanza de los derechos humanos en el que interactúan múltiples órganos de gobierno (poli centrismo), en el que se aplican sistemas normativos de dispar condición (pluralismo jurídico)⁵⁰, y en el que

⁴⁸ Con la misma fecha que el Presidente-Relator del GTI publica el precitado *Borrador Cero del Instrumento jurídicamente vinculante* (16 junio 2018), hace lo propio con el consiguiente [Borrador de Protocolo Facultativo](#), centrado en «el acceso a la justicia para las víctimas y ofrecía la posibilidad de interponer acciones en los planos nacional e internacional», y que presentaría en el referido cuarto periodo de sesiones del GTI. La deliberación sobre este documento sería más lenta y merecería menor atención debido a que el debate sobre el proyecto del instrumento jurídicamente vinculante – el principal y prioritario – no avanzaba todo lo previsto.

⁴⁹ En nombre de la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad, el Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM) y el Institute for Policies Studies/Transnational Institute presentan un propuesta sistematizada de [Tratado sobre empresas transaccionales y sus cadenas de suministro con respecto a los Derechos Humanos](#) (2017) como una contribución para las sesiones del GTI a celebrar los días 23 a 27 de octubre de 2017.

⁵⁰ *Vid.* D. LANTARÓN BARQUÍN, *¿Hacia un sistema «cosmopolita» de fuentes del Derecho del*

los actores de la sociedad civil disfrutaran de un justificado protagonismo.

Cuarto periodo de sesiones del GTI (15-19 de octubre de 2018)⁵¹: discusión del Borrador Cero y encargo de preparación del Borrador Revisado

Como se ha adelantado, en este periodo el GTI delibera, entre otros documentos⁵², sobre el denominado Borrador Cero del instrumento jurídicamente vinculante de fecha 16 de julio de 2018 que se publicaría el 20 del mismo mes y año⁵³.

Acorde con la referida categoría de la ocasión, no es de extrañar que voces autorizadas tuvieran interés en hacerse oír en esta fase crucial⁵⁴, y que alguna muy cualificada la aproveche para manifestar abiertamente sus dudas sobre el instrumento jurídicamente vinculante muy poco antes del inicio de las sesiones⁵⁵.

a) Borrador Cero: primer borrador institucional

El Borrador Cero consta de unos escasos 15 artículos (pues el art. 1, en realidad, es el Preámbulo y el art. 15 contiene varias *Disposiciones Finales*, mayoritariamente de procedimiento), estructurados en tres secciones (preliminares, cuestiones de fondo, y temas de seguimiento). A continuación, se seleccionan los aspectos de dicho borrador que mejor configuran al Instrumento Vinculantes en cuestión⁵⁶.

Su «finalidad» es «Fortalecer el respeto, la promoción, la protección y la realización de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de carácter transnacional» (art. 2.1.a). Por su «alcance», «se aplicará a todas las violaciones de los derechos humanos ocurridas en el contexto [...] de toda actividad empresarial de carácter transnacional» (*sic*) (art. 3.1), sin alcanzar pues a empresas que solo actúen a nivel estatal, art.

Trabajo? *La empresa multinacional como detonante del cambio*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. extra. 10.

⁵¹ Su desarrollo y documentación en [sitio web oficial del GTI](#).

⁵² Vid. *Zero Draft*. “[Legally binding instrument to regulate, in international Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises](#)”.

⁵³ Vid. nota 47.

⁵⁴ Vid. AA.VV., *La construcción supranacional del Derecho del Trabajo*, Trabajo y Derecho, 2019, n. extra. 10; I. ZAMFIR, [Hacia un tratado internacional vinculante sobre las empresas y los derechos humanos](#), Briefing Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2017, PE 608.636.

⁵⁵ Vid. J.G. RUGGIE, [‘Guiding Principles’ for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group](#), cit.

⁵⁶ Vid. A. GUAMÁN, [Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), en [Revista de Derecho Internacional](#), 2018, n. 2, pp. 85-115.

4.2); y, desde el punto de vista del objeto protegido, «abarcará a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y aquellos reconocidos en el ordenamiento interno» (art. 3.2). En orden a la “jurisdicción” y su extraterritorialidad, se previene que «recaerá en el tribunal del Estado donde: a) se produjeron (los) actos u omisiones o; b) el tribunal del Estado donde esté domiciliada la persona física o jurídica o la asociación de personas físicas o jurídicas que presuntamente haya cometido los actos u omisiones» (art. 5.1). Tratando de los “derechos de las víctimas”, se establece que «tendrán el derecho a un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia y a los recursos, de conformidad con el derecho internacional» a la «Restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición para las víctimas [...]. Reparación ambiental y restauración ecológica [...], incluida la asunción de los gastos para la reubicación de las víctimas y la reposición de las instalaciones comunitarias» (art. 8.1), todo sin concretar totalmente la titularidad de los concernidos. Se previene que los estados asumirán ciertas obligaciones, sin mayor precisión (art. 8.3); y, que velarán por que en su legislación interna todas las personas (bajo su jurisdicción o control) con «actividades empresariales de carácter transnacional» respeten las «obligaciones de diligencia debida con respecto a dichas actividades, teniendo en cuenta los posibles efectos sobre los derechos humanos» (art. 9.1). En punto a la “responsabilidad jurídica”, se proyecta que «Los Estados Partes garantizarán [...] que se exijan responsabilidades de índole penal, civil o administrativa a las personas físicas y jurídicas por violaciones de los derechos humanos cometidas en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional» (art. 10); y, se refiere a las responsabilidades de las empresas matrices y “filiales” (art. 10.6). En el borrador de referencia, se prevé la *Asistencia judicial recíproca entre los Estados* (art. 11) y la *Cooperación internacional* (art. 12). Y el Borrador Cero remata su planteamiento evocando los «principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados» (art. 13.1) y punteándolos después con cierto detalle (art. 13, apartados 2-7); y, por último, introduce la figura del “Comité” como un mecanismo de supervisión (art. 14).

Resulta pues, que el Borrador Cero se desvía algo del referido documento *Elementos para el proyecto* pues no alcanza totalmente ni su tono ni su contenido, no obstante, es relativamente amplio, y su sistemática es mejorable.

b) Informe final del periodo

El Informe del Presidente-Relator de este cuarto periodo de sesiones del⁵⁷, contribuye a la reflexión abierta. Confirma que el Proyecto del Borrador Cero tiene cuatro pilares encadenados: la prevención; los derechos de las víctimas, en particular el acceso a la justicia; la cooperación internacional; y, el cuarto, los mecanismos de supervisión (§§ 27-30 del Informe). A continuación, el Informe, efectúa una *Primera lectura del proyecto de instrumento* sin seguir el orden de los ordinales del borrador, dando muestra así que tal orden no es la mejor posible. Desde el principio, identifica que un aspecto muy controvertido es «el alcance adecuado del instrumento», pues para unos «debía ser aplicable a todas las empresas sin distinción y con inclusión de empresas nacionales y estatales» y para otros, que «las empresas transnacionales [...] debían constituir el objeto principal del instrumento» (§ 35 del Informe, *ex arts.* 2 y 3), cuestión que el Informe resaltarán de nuevo (por todos, §§ 84 y 85 del Informe, *ex* Preámbulo y art. 1). Da cuenta de las opiniones críticas manifestadas sobre el tono generalista – indeterminado – de la «protección de las víctimas» (por todos, §§ 38 y 39 del Informe, *ex art.* 8). Señala que los estados quedan obligados a asegurar la “prevención” (diligencia debida *ex art.* 9) en aras a asegurar desde principio la mejor protección de los derechos humanos, preocupación esta que es «uno de los [aspectos] más importantes del proyecto», aunque, en opinión de varias delegaciones, no se presenta debidamente perfilado (§§ 54-63). El Informe muestra que el tema de la “responsabilidad” (civil, penal y administrativa) por violaciones de los derechos humanos incluye tanto a personas físicas como jurídicas (*v.gr.*, empresas), previsión que como era de esperar, se rebate por algunas delegaciones solicitando – con distintos objetivos – “claridad” y “precisión”, a pesar que según el Relator, en el texto del proyecto debatido «se intenta equilibrar [lo] prescriptivo y la flexibilidad, de manera de dar a los Estados libertad para determinar cuál era la mejor forma de aplicar el artículo» (§§ 64 y 65). Así mismo, el Informe da cuenta de los desacuerdos de ciertos estados sobre la «inversión de la carga de la prueba» (§ 67 del Informe, *ex art.* 10.4) porque entienden que se trata de una interferencia en el ordenamiento interno de los estados. El Informe retoma el tema del “ámbito” o alcance del Instrumento Vinculante para señalar que «los Estados y organizaciones insistieron en que el instrumento abarcara a todas las empresas comerciales, se dedicasen o no a actividades transnacionales [...]». Algunas delegaciones pidieron que el instrumento

⁵⁷ [Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto periodo de sesiones, A/HRC/40/48, 2 enero 2019 \(Presidente-Relator: Luis Gallegos\).](#)

abarcara únicamente a las empresas transnacionales. A juicio de varias otras, el planteamiento adoptado en el proyecto [...] debería satisfacer a quienes querían que el instrumento abarcara no solamente a las empresas transnacionales» (§ 73 del Informe, *ex art.* 3); y señala que algunas delegaciones discrepan también sobre el alcance de la expresión «todos los derechos humanos internacionales y los reconocidos en el derecho interno» (§ 74 del Informe, *ex art.* 3.2) ya sea porque la consideran amplia y/o imprecisa, aunque otras la tienen por acertada. El tema de la “jurisdicción” (*ex art.* 5) continúa suscitando profundos desacuerdos, que el Informe resume así: «Algunas delegaciones expresaron su apoyo al párrafo 1 a) del artículo 5, porque reafirmaba la jurisdicción sobre la base de la territorialidad. Hubo un mayor debate acerca del párrafo 1 b) del artículo 5, ya que podía permitir el ejercicio de jurisdicción extraterritorial. Una organización empresarial sostuvo que el ejercicio de esa jurisdicción amenazaba la soberanía del Estado [...]. Muchas ONG, haciendo caso omiso de esas preocupaciones, sostuvieron que la base de la jurisdicción a que se refería el párrafo 1 b) del artículo 5, estaba aceptada en derecho internacional y que los Estados tenían derecho a regular los actos de sus nacionales en el extranjero» (§ 79 del Informe)⁵⁸.

Las anteriores transcripciones parciales del articulado del Borrador Cero, y las referencias del Informe entresacadas, sirven para identificar y perfilar las – no pocas – discrepancias de fondo existentes en el GTI, confirman que los desacuerdos son de alto voltaje, y ponen en evidencia que muchos ya habían sido debatidos en ocasiones y/o sesiones anteriores, redundancia que, desde principio, ayuda a calificar al proceso de zigzagueante.

El GTI aprobó *ad referendum* el proyecto de Informe sobre su cuarto período de sesiones en su décima sesión de este periodo celebrada el 19 de octubre de 2018, y decidió encomendar al Presidente-Relator que lo presentara al Consejo Derechos Humanos para su examen en su [40º período de sesión](#) (25 de febrero de 2019-22 de marzo de 2019).

c) Unas valoraciones del periodo: claro oscuros y norte versus sur

Resumidos el Borrador Cero y el Informe en cuestión, procede formular unas valoraciones reflexivas sobre los resultados del cuarto periodo⁵⁹.

⁵⁸ Este Informe final, en su § V, referencia la *Presentación del proyecto de protocolo facultativo* (en su primera versión citada y referenciada), un documento en evolución, centrado en el acceso a la justicia, texto que, como se ha comentado, no fue objeto de largo debate en este periodo de sesiones porque la negociación del Borrador Cero del instrumento jurídicamente vinculante – muy debatido – no avanzaba lo suficiente.

⁵⁹ Cfr. D. IGLESIAS-MÁRQUEZ, [Nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos en el contexto de la globalización: apuntes sobre el tratado de empresas y derechos humanos](#), cit.; A.

Varias de las cuestiones se formulan manera imprecisa, y algunas reiteran mandatos ya previstos en el derecho internacional; y consideradas en conjunto, su sistemática es mejorable (*v.gr.*, arts. 1, 2 y 15), es por ello que, como se comprobará en versiones posteriores del borrador, el cambio de orden del articulado continúa siendo una práctica. Existen algunos elementos concretos parcialmente positivos: se muestra una predisposición a potenciar el acceso a la justicia (arts. 8 y 10 del Proyecto), favoreciendo así la protección de las víctimas; se apura algo más la configuración de prevención de los derechos humanos a base de perfilar la diligencia debida por la empresa (art. 9); se refuerzan cuestiones – menos discutidas, aunque no menores –, como la asistencia y cooperación internacional (arts. 11 y 12); se abren posibilidades a la extraterritorial de la jurisdicción (competencia del tribunal de tercer país, no sólo el del lugar de la violación); y, también resulta positiva la pretensión de crear el referido Comité supervisor, aunque sus funciones sean algo limitadas y/o imprecisas (art. 14). Mientras que otros aspectos merecen una reflexión crítica: al no reservarse el proyecto estrictamente para las multinacionales, sino aplicarse también a “otras empresas” en los términos expuestos («toda actividad empresarial de carácter transnacional», *sic*, *ex* arts. 2, 3 y 4.2 y según confusa expresión ya comentada), se altera la repetida Resolución CDH 26/9, de 26 junio de 2014, y en definitiva, se difumina el objetivo final del proyecto cuya eficacia podría, así, mermar; levanta suspicacias el hecho que no se establezcan obligaciones directas a las empresas para que respeten los derechos humanos, posibilidad que solo consta en el preámbulo – interpretativo, pero no dispositivo – del borrador, y, genera dudas que las responsabilidades de filiales, subcontratistas o similares (art. 10.6) no se contemplen con mayor claridad; de la misma manera que resulta objetable que no se reconozca expresamente primacía alguna a los instrumentos de derechos humanos ante otros instrumentos o tratados “comerciales”. Algunos de estos puntos críticos del Borrador Cero de 2018, persisten en buena parte en la actual y última versión (2020) del Proyecto elaborada hasta la fecha, tal y como podrá comprobarse.

Resulta cada vez más evidente – como no podía ser de otra manera –, que los referenciados avances y las limitaciones del proceso comentado son también reflejo de las discrepancias ideológicas que existen entre defensores (ciertas delegaciones estatales y civiles del *sur global*) y detractores (ciertas delegaciones estatales y empresariales del *norte global*: Estados Unidos,

GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*; A. PIGRAU SOLÉ, D. IGLESIAS MÁRQUEZ, [La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones](#), Policy Paper ICIP, 2019, n. 19.

Japón, la UE y los estados europeos) del proyecto⁶⁰.

Para prosperar en la exposición en el orden previsto, se retoma el Informe de este cuarto periodo de reuniones del GTI, recordando que en el mismo se encarga al Presidente-Relator del GTI que elabore dos documentos: primero, «un proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante» a negociar en el quinto periodo de sesiones; y, otro que «Presente en el quinto período de sesiones [...] un segundo texto con información sobre el proyecto de protocolo facultativo como anexo del proyecto de instrumento jurídicamente vinculante».

Quinto periodo de sesiones del GTI (14-19 de octubre de 2019)⁶¹: deliberación del Borrador Revisado y encargo de preparación del Segundo Borrador Revisado

a) Borrador Revisado

El [Borrador Revisado del instrumento jurídicamente vinculante](#) fechado el 16/7/2019⁶² (en adelante, Proyecto Revisado) y publicado el 16 de julio de 2019, contiene 22 artículos, es más coherente en conjunto que la versión anterior (Borrador Cero de 2018), incorpora algunas observaciones formuladas en el anterior periodo de reuniones e integra más ideas de los Principios Rectores (2011), pero sigue concitando discrepancias en el GTI y en el entorno social.

Sigue un somero repaso del articulado del borrador de referencia que permita seleccionar los aspectos básicos y más discutidos del Instrumento Vinculante que proyecta con vistas a un futuro.

Sus “finalidad” (es) son múltiples, tales como fortalecer el respeto, la promoción, protección y el cumplimiento de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales; garantizar el acceso efectivo a la justicia y reparación a las víctimas; y, promover la cooperación internacional a tales (art. 2): es a partir de este elemento teleológico del Instrumento Vinculante que el borrador ofrece un panorama general del mismo. Sobre su “ámbito” – que se agranda una vez más –, se previene que «se aplicará, a menos que se especifique lo contrario, a todas las actividades empresariales, incluyendo en particular, pero no limitadas a las de carácter transnacional» (art. 3.1), entendiendo por «actividad empresarial de carácter transnacional» la que se ajusta a los supuestos descritos al efecto (*ex* art. 3, apartados 2 y 3,

⁶⁰ Cfr. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, G. MORENO GONZÁLEZ, *op. cit.*, y A. GUAMÁN, *El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9*, en *Cuadernos de Pesquisa-Homa*, 2018, n. 6, pp. 3-35.

⁶¹ Su desarrollo y documentación en [sitio web oficial del GTI](#).

⁶² Traducción no oficial del [texto original en inglés](#) realizada por el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH).

que se dan por transcritos); y continuando con el ámbito del proyecto, ahora desde una óptica objetiva, se añade en dicho borrador que tal ámbito “abarcará” a “todos” los derechos humanos (art. 3.a), resultando pues de todo ello, un alcance subjetivo y objetivo amplio, que concitará críticas y parabienes. En relación a los “derechos de las víctimas”, se previene que «tendrán derecho a un acceso justo, eficaz, rápido y no discriminatorio a la justicia y recursos suficientes, eficaces y expeditos, de conformidad con este instrumento y el derecho internacional. Dichos recursos incluyen, pero no se limitan [a la] [...] Restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición para víctimas; remediación ambiental y restauración ecológica cuando se aplique» (art. 4.5); y se garantiza «el derecho a las víctimas de presentar reclamaciones ante los tribunales o los mecanismos de queja no judiciales de los Estados Partes» (art. 4.8). En punto concreto a la “prevención” de transgresiones de los derechos humanos, el texto plantea que los «Estados deberán asegurar que sus disposiciones [...] exijan a todas las personas que realizan actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, en su territorio o jurisdicción, respetar los derechos humanos y prevenir violaciones o abusos de derechos humanos» practicando la “diligencia debida” obligatoria (art. 5, apartados 1 y 2). Sobre *Responsabilidad legal*, se establece que «Los Estados Partes se asegurarán de que su legislación nacional disponga de un sistema integral y adecuado sobre responsabilidad legal por violaciones o abusos de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional» (art. 6.1), una previsión declarativa que después no se traslada siempre a los estados concernidos con la debida concreción. En orden a la “jurisdicción judicial”, y a la extraterritorialidad, se plantea que «la competencia respecto de las denuncias presentadas por las víctimas [...] recaerá en los tribunales del estado donde: ocurrieron dichos actos u omisiones; o las víctimas están domiciliadas; o las personas naturales o jurídicas acusadas de haber cometido dichos actos u omisiones, en el contexto de actividades empresariales, incluidos los de carácter transnacional, estén domiciliadas» (art. 7.1). Así mismo, en el Borrador Revisado se plantea que «los Estados prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca» (art. 10.1), bajo la idea de “cooperación internacional” (art. 11). Para todo ello, y bajo la exigencia de «coherencia con el derecho internacional», los Estados cumplirán sus obligaciones «en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y la no intervención en los asuntos internos de otros Estados» (art. 12), precisión cautelar que rezuma ciertas dudas sobre el Instrumento Vinculante internacional. El último bloque del borrador glosado, trata las siguientes cuestiones puntuales: de las *Disposiciones institucionales* (art. 13); de

su “implementación” efectiva, especialmente en ámbitos más vulnerables (art. 14), en los que se requiere una protección especial; la «solución de controversias» (art. 16); y, se refiera a cuestiones procedimentales y modificativas varias que se deben dar por citadas en aras a la brevedad debida (arts. 17-22).

b) Informe final del periodo

Tras el debate sobre el Borrador Revisado realizado en el GTI, su Presidente-Relator redacta el Informe del quinto período de sesiones⁶³, del que interesan retener sus referencias a los planteamientos y argumentos de los participantes. Confirma que el ámbito del Instrumento Vinculante proyectado ya no se limita a las actividades transnacionales de empresas transnacionales y de otras empresas como ocurría en el Borrador Cero anterior, sino que también abarca a todas las “actividades empresariales” tanto de “transnacionales” como de “otras empresas” (*ex* arts. 1 y 3 del Borrador y, por todos, §§ 16 y 41 del Informe); y relata que “abarcará” a “todos” los derechos humanos (por todos, § 43 del Informe), amplitud de miras ambas que, como siempre, cuentan con detractores y valedores. Se hace constar que el tratamiento de los “derechos de las víctimas” (*ex* art. 4 del Proyecto), recibe críticas de fondo (imprecisiones) y de forma (orden) (§§ 45-58 del Informe). La “prevención” a practicar por los Estados (*ex* art. 5 del Proyecto), como concepto merecía un beneplácito general, pero concitaba observaciones críticas sobre su falta de precisión. La cuestión de la “responsabilidad legal” (*ex* art. 6 del Proyecto), novedosa en relación a planteamientos anteriores, a criterio de muchos, «constituía un elemento fundamental del instrumento jurídicamente vinculante» (§ 70 del Informe), y, por razones obvias, suscita precisiones (§§ 71-77). Sobre el tema básico de la «jurisdicción en material judicial» «Se convino ampliamente en que el artículo 7 podía dar lugar a que los tribunales ejercieran su competencia respecto de acciones que habían tenido lugar fuera del territorio de su jurisdicción, aunque hubo un importante desacuerdo en cuanto a la conveniencia de que así fuera» (§ 79 del Informe y *ex* art. 7 del Proyecto). Así mismo, el Informe, recoge las deliberaciones sobre los arts. 13-22 (procedimentales, cuestiones modificativas, y ciertas salvedades), que resultan ser de más bajo tono, porque la mayoría estimaba que primero se debían acordar las cuestiones más sustantivas.

El Informe considerado pone de relieve que se han alcanzado algunos acuerdos positivos en el GTI, pero también que persisten las desavenencias

⁶³ [*Informe del quinto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.*](#)

entre ciertas delegaciones (empresariales y de ciertos estados – y de la UE⁶⁴ – *versus* delegaciones sociedad civil) sobre aspectos básicos de la negociación. Finalmente, el Informe se aprobaría por el GTI en su sesión de 18 de octubre de 2019, y sería presentado al Consejo de Derechos Humanos para examen en su [43er período de sesiones](#) (24 de febrero de 2020-23 de marzo de 2020).

c) Unas evaluaciones del periodo

Al efecto se toman en consideración algunas aportaciones de los actores de

⁶⁴ Como se ha anticipado el sistema europeo de protección de los derechos en las empresas (Consejo de Europa y UE) merecería un estudio monográfico, como particularmente activa – y polémica – ha sido y es la participación de la UE en el GTI que debate sobre el Instrumento Vinculante considerado en este estudio. Por todas, sirva la mención de la fuente del Consejo de Europa (2016) denominada [Recomendación CM/Rec \(2016\) 3](#) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas (adoptada por el Comité de Ministros el 2 de marzo de 2016 en la 1249ª reunión de los Delegados de los Ministros); y entre los abundantes instrumentos de la UE sobre la protección de los derechos humanos en las multinacionales y otras empresas, valga la cita del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (UE) sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos (Dictamen de iniciativa), EESC 2019/01278, OJ C 97, 4 marzo 2020, en el que se pueden observar coincidencias y discrepancias en relación al Borrador Revisado de referencia. Así, por ejemplo, se apunta: «Dado que el ámbito de aplicación abarca ahora todas las actividades empresariales, y no solo las transnacionales, también deberán existir disposiciones que permitan cierta flexibilidad entre, por un lado, normas proporcionadas pero no excesivas para las pymes y, por otro, normas más estrictas para las operaciones de alto riesgo» (punto 4.7 del Dictamen). Añádanse dos recordatorios: téngase presente que las discrepancias de la UE sobre la cuestión se han manifestado y manifiestan abiertamente en el GTI de NU, unas diferencias que, en ocasiones, también existen entre los propios órganos de la UE; y, téngase presente también que, desde hace un tiempo, la UE se plantea la aprobación de una directiva sobre diligencia debida obligatoria en derechos humanos y conducta empresarial responsable, proyecto que se entrecruza en el tiempo con el objeto de atención en estas páginas (ver el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Tratado vinculante de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, 2020/C 97/02, Diario Oficial de la Unión Europea C 97/9, 24 marzo 2020; y, observar que el pasado 10 de marzo el Parlamento Europeo ha aprobado el [informe legislativo de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre debida diligencia empresarial y responsabilidad corporativa](#) que da un mandato a la Comisión Europea para el desarrollo de una legislación de debida diligencia obligatoria que hace responsables a las empresas para detectar, prevenir y reducir los impactos ambientales y de derechos humanos de sus actividades a lo largo de sus cadenas de suministro), todo según la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL).

la sociedad civil⁶⁵ y ciertos pareceres de estudiosos del tema⁶⁶.

El panorama actual de la cuestión debatida se presenta mejor estructurado, y ciertos contenidos cada vez están más apegados a los repetidos Principios Rectores de 2011, procurando, quizás así, un mayor grado de consenso entre las delegaciones negociadoras, e incluso, intentando evitar rupturas en la negociación que parecían posibles en algún momento. Se mejoran aspectos puntuales, por ejemplo: se intenta asegurar la “prevención” y consiguiente protección introduciendo algunas medidas coercitivas (controles por los estados, art. 5, apartados 2 y 3); y, al tratar de la “responsabilidad legal” (art. 6) – una de las temáticas básicas más modificadas en la GTI y controvertidas en la doctrina –, se propone (art. 6, apartados 1, 6 y 7, especialmente) un «modelo integral de responsabilidad», idea positiva en sí mismo considerada, pero que se debería precisar, y se trata – insiste – expresamente de la reparación de daños (otras de las claves del debate), siempre imprescindible, pero continua faltando concreción al respecto. Consideración especial merece el hecho que se amplíe el ámbito del Instrumento Vinculante proyectado (*ex* art. 3.1), abarcando todas las actividades empresariales indiferenciadamente (tanto la de las transnacionales como a las de otras empresas privadas y públicas), y sobrepasando así las previsiones de la repetida Resolución del CDH 26/9 que constreñían su alcance a la actividad empresarial de carácter

⁶⁵ Entre otros, ver: CAMPAÑA GLOBAL, [Comentarios y enmiendas sobre el Borrador Revisado del instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas respecto de los derechos humanos](#), enero 2020; Red-DESC, [Informe de posición sobre el Borrador Revisado para un Tratado Jurídicamente Vinculante que regule las Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos](#), octubre 2019; CIDSE, [Contribución al Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), octubre 2019.

⁶⁶ Cfr. P. AUVERGNON, *El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 206-223; J.L. GIL Y GIL, *op. cit.*; A. GUAMÁN, A. LUQUE GONZÁLEZ, [Cadenas de suministro. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales e industria textil: de los AMI a un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2019, n. 2, pp. 393-418; D. IGLESIAS MÁRQUEZ, [Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades](#), *cit.*; D. IGLESIAS MÁRQUEZ, *Las obligaciones de las empresas en virtud del Derecho Internacional Retos y oportunidades en materia de empresas y derechos humanos*, en R. ABELLO-GALVIS, W. ARÉVALO-RAMÍREZ (eds.), *Derechos humanos y empresas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reflexiones y diálogos*, Universidad del Rosario, 2019; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURIST, [Comments and recommendations on the Revised draft of an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights](#), 2020; C. LÓPEZ, [El Proyecto Revisado de un Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: Mejoras innovadoras y perspectivas más claras](#), en [www.iisd.org](#), 2 octubre 2019; P. NIETO ROJAS, [Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos jurídicos ordenados a garantizarlo](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2019, n. 2, pp. 393-418; A. PIGRAU SOLÉ, D. IGLESIAS MÁRQUEZ, *op. cit.*

transnacional, y del comentado Borrador Cero explicadas supra: ocurre, que con dicha ampliación se podría desvirtuar y mermar la eficacia del proyecto en detrimento de la protección de los derechos humanos en el ámbito de las transnacionales, dicho sea a sabiendas de otras opiniones que, contrariamente, estiman que la versión amplia es más eficaz. El Borrador Revisado cuenta con lagunas, pues, por ejemplo, se sigue sin imponer «obligaciones directas a las empresas de respetar los derechos humanos» (parece como si el borrador las reservara todas para el estado), ni se asegura suficientemente la responsabilidad empresarial conjunta o solidaria en las cadenas de suministro (levantamiento del velo corporativo); de la misma manera se debe reflexionar sobre si la frecuente remisión a la legislación interna de cada estado que se hace en el borrador, podría desvirtuar la eficacia de la normativa internacional (al igual que potenciar según como la jurisdicción estatal podría condicionar la jurisdicción internacional).

En conclusión, todo hace pensar que – salvo mejor opinión – el debate no prospera tal y como sería de desear, una opinión general compartida por los negociadores, aunque explicable por motivos distintos. Mientras no se perfilan debidamente ciertas cuestiones *previas* (ámbito, responsabilidades y jurisdicción), las cuestiones *consecuentes* (*v.gr.*, reparación), aunque no son menos importantes, se debaten con menor intensidad y perfilan con menos detalle. La falta de un consenso suficiente entre las delegaciones en algunos aspectos básicos, convierte a las negociaciones en reiterativas, sino cansinas en algunos momentos.

Y para avanzar en la exposición, se retoma el Informe de este quinto periodo de sesiones para recordar que formula las siguientes recomendaciones: que el Presidente-Relator elabore un «segundo proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante» y lo presente a finales de junio de 2020 a más tardar para que sea considerado en sexto período de sesiones del GTI de 2020 a partir del que se elaboraría el tercer Proyecto Revisado de instrumento jurídicamente vinculante.

Sexto periodo de sesiones del GTI (23-30 de octubre de 2020)⁶⁷: deliberación y negociación sobre Segundo Borrador Revisado, y encargo de preparación del Tercer Borrador o Proyecto Revisado

Este sexto periodo de sesiones (octubre 2020) merece especial atención porque, siendo el último desarrollado hasta la fecha (a la espera del próximo previsto para finales de 2021), sus resultados dan paso al estado actual del

⁶⁷ Su desarrollo y documentación en el [sitio web oficial del repetido GTI](#). Mas información sobre este periodo de sesiones en el sitio del [Business & Human Rights Resource Centre](#).

debate del Proyecto de referencia tras años de debate, panorama al que se dedicará el siguiente y último epígrafe de este apartado. Un periodo que transcurrió coincidiendo con crisis social, económico y laboral derivada de la Covid-19, cuyos efectos todavía perduran parcialmente en el momento que se cierra este estudio (mayo 2021).

a) Segundo Borrador Revisado

El denominado [Segundo Borrador Revisado del Instrumento Vinculante](#) publicado el 6 de agosto de 2020⁶⁸, es el tercer y último elaborado hasta la fecha, y, con sus 24 artículos, es el más extenso de todos.

De tal borrador se transcriben sus pasajes más notables para el debate⁶⁹:

1. se formulan unas *Definiciones* (art. 1) que intentan precisar el sentido de varios conceptos básicos controvertidos, como, por ejemplo «actividades comerciales de carácter transnacional» (art. 1, apartados 3 y 4), que es una de las claves para delimitar el ámbito subjetivo del propio Instrumento Vinculante;
2. al señalar los cuatro “objetivos” específicos del Instrumento proyectado (art. 2), se identifican los tres sujetos del debate y sus cargas y/o atribuciones respectivas, y se hace según los siguientes términos: «El propósito del Instrumento [...] es: [...] clarificar y facilitar la implementación efectiva de la obligación de los Estados de respetar, proteger y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales, así como las responsabilidades de las empresas comerciales en este respecto; [...] garantizar el acceso a la justicia y a una reparación efectiva para las víctimas [...]. Prevenir [...] los abusos/violaciones de los derechos humanos [...]. Facilitar y fortalecer la asistencia legal recíproca y la cooperación internacional» (art. 2);
3. para delimitar las empresas afectadas (alcance subjetivo) se estipula, con manifiesta amplitud (y con una redacción algo compleja), que «A menos que se indique lo contrario [...] se aplicará a todas las empresas comerciales, incluidas, entre otras, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que realicen actividades comerciales de carácter transnacional» (art. 3.1, regla general, reiterada en el art. 6.1 y complementado con el art. 1, apartados 3 y, especialmente, 4, que incorpora el concepto novedoso de “actividad comercial transnacional”), a lo que se añade que «no obstante» – ¿excepciones o

⁶⁸ Acceso a traducción no oficial en el [sitio web oficial del GTI](#).

⁶⁹ Para tratar este borrador, interesa tener presente desde buen principio que el propio Presidente del OEIGWG (GTI) Segundo Proyecto Revisado, publica unas Notas explicativas *Cuestiones clave y estructura del segundo proyecto revisado*, Recomendaciones Presidente-Relator (de consulta en [sitio web oficial del GTI](#)).

modulaciones? –, «los Estados Parte podrán establecer en su legislación una base no discriminatoria para diferenciar la forma en que las empresas comerciales cumplen esas obligaciones en función de su tamaño, sector, contexto operacional y la gravedad de las repercusiones en los derechos humanos» (art. 3.2, concordante con art. 6.2)⁷⁰; y, ya en orden a los derechos concernidos (ámbito objetivo), se indica que «abarcará todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente que emanan de [...]» (arts. 3.3 y 1.2). La amplitud subjetiva, y objetiva, está pues servida;

4. el Segundo Borrador Revisado, instituye a las víctimas (art. 1.1) de sujetos de los derechos humanos (art. 4, *Derechos de las víctimas*) y de beneficiarios de la protección que les debe prestar el estado para disfrutarlos (arts. 1.1, 5 y 6, apartados 2-7), y, en caso de incumplimiento, los califica de beneficiarios de la reparación debida (art. 7). Al efecto, tal borrador establece los dos siguientes mandatos: primero, que los estados garantizarán que las «víctimas [...] disfrutarán de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente» (derecho general), de «un acceso justo, adecuado, efectivo, rápido y no discriminatorio a la justicia» afianzando así su derecho «a presentar reclamaciones, incluso por medio de un representante o mediante una acción colectiva en los casos apropiados, ante los tribunales y los mecanismos de reclamación extrajudiciales de los Estados Parte» (art. 4); y, segundo, que «los estados [...] regularán las actividades de todas las empresas [...] y adoptarán todas las medidas jurídicas y normativas necesarias para garantizar que las empresas [...] respeten todos los derechos humanos en todas sus operaciones» (art. 6.1), exigiendo así a las que actúen con la “diligencia debida” en materia de derechos humanos (art. 6.2) mediante la puesta en práctica de una serie de medidas (art. 6, apartados 2 y 3). Y, en esta línea de protección de las víctimas, el borrador en cuestión, también propone que «los estados proporcionarán a sus tribunales y a los mecanismos extrajudiciales de origen estatal la jurisdicción necesaria [...] para permitir el acceso de las víctimas a una

⁷⁰ La nota explicativa del art. 3.1 del Segundo Borrador Revisado elaborada por el Presidente del GTI, apunta que el Instrumento Vinculante «se aplica a las actividades comerciales realizadas por todas las empresas comerciales, incluidas las de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, tal y como se establece en el párrafo 4 del artículo 1»; y, añade que «de acuerdo con los Principios Rectores de la NU, el Instrumento Vinculante, otorga a los estados [...] flexibilidad para el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del artículo 6 sobre la base del tamaño, el sector, el contexto operativo y la gravedad de los impactos en los derechos humanos» (traducción no oficial de tales *Notas explicativas* citadas *supra*), haciendo pensar que las situaciones a las que se refiere el art. 3.2 *in fine* en concordancia con el art. 6.2, más que auténticas *excepciones* son *modulaciones*.

- reparación adecuada, oportuna y eficaz» (art. 7). Este planteamiento *teórico* de la tutela de la víctima, resulta clásico y completo, pero su puesta en práctica ha sido y es muy mejorable;
5. tratando de la “responsabilidad legal” de las empresas, plantea el Segundo Borrador Revisado, que «Los Estados Parte velarán por que la legislación interna de los estados prevea un sistema amplio [integral] [...] de responsabilidad legal para las personas jurídicas y naturales que realicen actividades comerciales, domiciliadas u que operen en su territorio o jurisdicción, o estén de otro modo bajo su control, por los abusos/violaciones de los derechos humanos que puedan derivarse de sus propias actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, o de sus relaciones comerciales» (arts. 8.1 y 1, apartados 3 y 4), una responsabilidad – civil, administrativa y penal – de las empresas por sus incumplimientos en la materia que les puede obligar a constituir «garantías financieras» en ciertos supuestos (art. 8.6);
 6. al conformar la «jurisdicción en materia judicial» se prevé que «La competencia respecto de las reclamaciones presentadas por las víctimas, independientemente de su nacionalidad o lugar de domicilio, derivadas de actos u omisiones que resulten o puedan resultar en violaciones de los derechos humanos [...], corresponderá a los tribunales del Estado en que: a) el abuso/violación de los derechos humanos ocurrió; b) un acto u omisión que contribuya a la violación de los derechos humanos; o, c) las personas jurídicas o físicas que presuntamente hayan cometido un acto o una omisión que cause o contribuya a ese abuso/violación de los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales, incluidas las de carácter transnacional, están domiciliadas» (art 9.1), resultando así, que el juzgador puede actuar, por ejemplo, contra personas físicas o jurídicas no domiciliadas en el territorio del estado del foro (extraterritorialidad). Posibilidades que explican la necesidad de «asistencia legal recíproca y de cooperación judicial internacional» entre estados (art. 12), así como la financiera (art. 13);
 7. todo ello, en «coherencia con los principios e instrumentos del derecho internacional» (art. 14, de nueva redacción), de manera que «los Estados Parte cumplirán sus obligaciones [...] de manera compatible con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados»; y, estableciendo que «los estados [...] se asegurarán» que «todo acuerdo bilateral o multilateral de comercio e inversión será compatible con las obligaciones de derechos humanos» (art. 14.5.b), previsión de compatibilidad que no dé prioridad del Instrumento Vinculante que merecerá una valoración posteriormente;

8. el postrer bloque del borrador ahora resumido, trata de las “disposiciones institucionales” y cuestiones procedimentales variadas (arts. 15-24).

Los referidos ocho elementos básicos del Segundo Borrador Revisado deducidos de la simple relectura y transcripción parcial de sus artículos, muestran que la estructura sistemática del texto mejora en comparación con los borradores anteriores, y evidencian que los temas más polémicos se han revisado una vez más buscando un acuerdo no siempre alcanzado. No es de extrañar que este periodo de sesiones haya concitado un interés singular, no solo en el propio GTI, sino también en foros externos de muy diversa condición, tal y como se comprobará⁷¹.

b) Informe final del periodo

El posterior Informe del Presidente-Relator del GTI⁷², resultante de las deliberaciones de este sexto periodo de reuniones y centradas especialmente sobre el Segundo Borrador Revisado, da debida cuenta de los aspectos más debatidos y de los planteamientos de los intervinientes en la discusión. Desde buen principio, el Informe expone que una vez más se repiten las divergencias sobre si el futuro Instrumento Vinculante debe afectar a todas las empresas y no solo a las transnacionales (ámbito subjetivo) tal y como así se establece en el articulado del borrador parcialmente transcrito (§§ 8 y 14 del Informe y arts. 3.1, 6.1 y 1, apartados 3 y 4), problemática al que el propio Presidente-Relator del GTI se refiere en sus “notas explicativas” que redacta en un documento aparte precitado y comentado; y, el Informe, relata que también existen diferencias sobre si el Instrumento Vinculante debe y/o puede cubrir “todos” los derechos humanos (ámbito objetivo) (§§ 23 y 24 del Informe, *ex art.* 3, en concordancia con arts. 1.4 y el amplio 3.3, en contraposición al escueto art. 3.3 del anterior Borrador Revisado de 2019). Se comenta, que los derechos de las “victimas”, según ciertas delegaciones, representan «una carga excesiva para los Estados» (§ 25 y *ex art.* 4), mientras que, para otras, parecen acertados. Las cuestiones sobre la “prevención” (diligencia debida, *ex art.* 6) y el acceso a la reparación (acceso a la justicia, *ex arts.* 7 y 9.3), según resume el Informe de referencia, se consideraron oportunas en general, pero requerían una reordenación, simplificación y precisión distintas según intereses de las partes que negocian (§§ 27 y 28 del Informe). La configuración de la “responsabilidad” legal – «civil, administrativa y penal» –, aunque considerada por todos como

⁷¹ *Vid.* nota 67.

⁷² [*Informe sobre el sexto periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/46/73, 14 enero 2021.*](#)

cuestión «fundamental para garantizar el acceso a la justicia» (§ 30, *ex art.* 8), es un tema que por amplitud y trascendencia merece mayores detalles. Con respecto a la “jurisdicción”, a la “prescripción” y al “derecho aplicable”, el Informe considerado – que cada vez es más parco en su contenido en relación a los Informes de periodos anteriores – explicita que «las delegaciones [...] pidieron más claridad y precisión en el texto» (§§ 33-35, *ex arts.* 8, 9 y 10, respectivamente). También el planteamiento sobre la “asistencia jurídica mutua” (art. 12), recibió críticas por parte de delegaciones empresariales por considerar «que imponía cargas excesivas a los Estados» (§ 37 del Informe). El Informe se cierra dando cuenta de unas breves consideraciones y precisiones concretas sobre las “disposiciones institucionales” (§§ 40 y 41 del Informe, *ex art.* 15) y de cuestiones más procedimentales (§ 24, *ex arts.* 16-24).

A pesar de lo avanzado de las deliberaciones sobre el Instrumento Vinculante y/o del largo tiempo dedicado a las mismas, el Informe final deja constancia que, junto a los avances que se alcanzan, persisten ciertos desacuerdos entre las delegaciones participantes en el GTI⁷³ en aspectos básicos, como, por ejemplo, sobre su comentado ámbito y sobre su no prioridad – jerarquía – frente a otros tratados comerciales o de inversiones⁷⁴ según se ha expuesto al resumir el Segundo Borrador Revisado; y el Informe, también permite deducir que de las muchas las demandas de precisión que se formulan (por ejemplo, en materia de diligencia debida y responsabilidades) no pocas expresan desacuerdos de fondo y se formulan más que con objetivos realmente aclaratorios intentando establecer limitaciones *ad cautelam*.

Según relata este Informe, el Presidente-Relator recibe el encargo de continuar alentando las consultas y estudios, y de preparar un «tercer proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante» sobre la base de los debates mantenidos durante la sexta sesión del grupo de trabajo (y aportaciones posteriores), a presentar a más tardar a finales de julio de 2021, para su examen y ulterior debate en el séptimo periodo de sesiones del GTI que celebrará en 2021.

⁷³ Entre las delegaciones que manifiesta más desacuerdos, se debe seguir citando la UE. Conviene anotar que, desde hace un tiempo, la UE se plantea una directiva sobre diligencia debida obligatoria en derechos humanos y conducta empresarial responsable, proyecto que se entrecruza en el tiempo con el objeto de atención en estas páginas. Por razones de extensión, se omiten en este trabajo referencias detalladas de la participación de la UE en el GTI.

⁷⁴ *Vid.* M. KRAJEWSKI, [Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights](#), CIDSE, 2017.

Este proyecto de Informe se aprobó en la reunión del GTI del 30 de octubre de 2020, y se ha examinado por el Consejo de Derechos Humanos en su [46º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos](#) (22 de febrero-23 de marzo de 2021).

A fecha de hoy (mayo 2021), se está a la espera del «tercer proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante», que debería considerarse en el venidero séptimo periodo de sesiones del GTI a celebra este 2021 según el calendario previsto, y que nadie puede asegurar que será el definitivo.

Estado actual del proceso de elaboración del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas y derechos humanos: voluntariedad versus obligatoriedad para estados y empresas

Para elaborar el panorama de la situación actual (2020-2021), se toma en consideración todo el proceso seguido, pero de manera especial, se observan los resultados del referido sexto periodo de reuniones del GTI (octubre 2020), y se tienen presentes algunas de las numerosas y variadas opiniones formuladas sobre el mismo⁷⁵.

Se puede avanzar que el estado actual del debate (2020-2021) – que no alcanzan el nivel del repetido documento *Elementos para el proyecto* (2017) – no recibe el visto bueno por parte de todos los participantes en el GTI, ni de todos los actores sociales interesados: el debate sigue abierto.

Sigue a continuación un inventario de los aspectos básicos del estado actual de la cuestión comentados en el mismo orden en que se suceden en el Segundo Borrador Revisado (2020) y citando los ordinales del mismo para facilitar el relato.

⁷⁵ En relación al Segundo Borrador Revisado, entre otros, ver a título de ejemplo, seis aportaciones distintas por su autoría y contenido: [9th Annual Forum on Business and Human Rights](#), 16-18 noviembre 2020; [Reflexiones sobre el texto en preparación de la 6ª sesión del GTI de la Federación Internacional por los Derechos Humanos \(FIDH\)](#), 2020; [Declaración de la Campaña Global sobre el segundo borrador revisado de Tratado Vinculante](#), 2020; [Comunicación Colectiva sobre el Segundo Borrador Revisado del Instrumento Jurídicamente Vinculante sobre Rendición de Cuentas Debe ponerse fin a la impunidad corporativa](#), de la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC), octubre 2020; ITUC-CSI, [Comentarios de los sindicatos: Instrumento jurídicamente vinculante que regule, en el marco del derecho internacional relativo a los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas](#), 8 octubre 2020; [Documento de la posición final de la OIE \(Organización Internacional de Empleadores\), Business at OECD \(BIAC\) y Business Europe sobre el segundo borrador revisado del Tratado sobre empresas y derechos humanos](#), 7 octubre 2020. La Coalición Europea para la Justicia Corporativa (ECCJ), presenta un resumen de este periodo de sesiones bajo el título [UN Treaty negotiations conclude without clear negotiated reforms, but expectations for next year remain high](#), 4 noviembre 2020.

1) *Naturaleza: una fuente internacional y vinculante*

Durante todo el proceso se ha mantenido invariable la expresión “instrumento” (internacional), sin precisarla, a la espera que avance su preparación.

Es un Instrumento internacional que, de prosperar, y según su propio nombre («derecho internacional de los derechos humanos»), se integraría en el sistema universal de protección de los derechos humanos junto al derecho estatal interno propiciando así el dualismo y pluralismo jurídico.

Y, se trata de un Instrumento “vinculante” y complementario. Tal vinculación afecta a los estados y las empresas con distinta intensidad, y en ambos casos podría y debería ser más intensas, pero sin duda, más lo debería ser el segundo en sí mismo considerado. Y, es complementario – no sustitutivo – de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (2011) que son, simplemente, *indicativos* y que actualmente siguen su curso con más o menos fortuna.

Lo positivo que resulta que el Instrumento sea vinculante, se puede desvirtuar, en parte, porque no se presenta como jerárquicamente superior a otros tratados de inversiones, y/o comerciales (art. 14), una prioridad prevista en otras pautas internacionales (*v.gr.*, art. 103 de la Carta de Naciones Unidas) y que se ha había planteado anteriormente en el debate. Contrariamente a las *fuertes* protecciones que las normas internacionales brindan hoy día a las cuestiones comerciales y a las inversiones, las que ofrecen a los derechos humanos son *débiles*: esta comparativa muestra una dimensión de la asimetría *externa* entre los intereses en conflicto que el Instrumento Vinculante pretende corregir.

Que algunos convenios comerciales o instrumentos internacionales similares incluyan ciertas cláusulas de salvaguarda de los derechos humanos (*ex art.* 14), es positivo, cuestión distinta es que garanticen real y efectivamente las reclamaciones y reparaciones consideradas (art. 14). Aquí cabe insistir en que las experiencias de la manida responsabilidad social corporativa – que son voluntarias – no siempre han arraigado ni menos fructificado lo suficiente para asegurar la protección de los derechos humanos real y efectivamente.

2) *Objetivos y escenario: de la finalidad de la protección a los elementos definidores de la misma*

Resulta ilustrativo que el elemento teleológico del Instrumento Vinculante (*Objetivos*), previsto en unos de los primeros artículos del último borrador (art. 2), sea el punto de partida para identificar los elementos básicos del debate, cuáles son, los sujetos, el objeto y el contenido. Los sujetos

concernidos son tres: “estados”, “empresas” y “víctimas”; y de cada uno se predicen cargas y/o beneficios distintos: al “estado” se le atribuye la “obligación” de «respetar, proteger y promover» los referidos derechos; a las “empresas” se les imponen “responsabilidades” al respecto; y de las “víctimas”, se predicen “garantías” para el disfrute de tales derechos. Y el objeto de protección lo son «los derechos humanos en el contexto de las actividades comerciales» (dimensión objetiva y subjetiva, respectivamente, ver *infra*).

Entre los cuatro objetivos mencionados, se incluye de forma expresa «garantizar [a la víctima] el acceso a la justicia y la reparación efectiva» (art. 2): un propósito loable por su forma (la cuestión asciende a nivel de “objetivo”) y su fondo (se pretende un disfrute real y efectivo), pero es una declaración de propósitos huérfana de suficientes medidas dispositivas.

A pesar de sus aspectos mejorables, esta panorámica actual resulta estructuralmente positiva porque ayuda a identificar y a contextualizar los aspectos puntuales más controvertidos del objeto de debate, y por lo demás, refuerza la centralidad de los derechos humanos en el debate.

3) *Ámbito subjetivo y objetivo: qué empresas y qué derechos*

La vertiente subjetiva del “alcance” del Instrumento Vinculante, que en el estado actual del debate se delimita mediante la regla general y las excepciones o modulaciones literalmente transcritas (*ex art. 3.1*, en concordancia con arts. 1, apartados 3 y 4, y 6, apartados 1 y 2, todos citados *supra*), tal como se ha anticipado, ha sido objeto de especial atención por una de las referenciadas *Notas explicativas* redactadas por el propio Presidente-Relator del GTI sobre el Segundo Borrador Revisado apuntando que: el Instrumento «se aplica a las actividades comerciales realizadas por todas las empresas comerciales, incluidas las de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales», confirmando así que el referente (híbrido, mixto u omnicomprensivo) que delimita el ámbito debatido son «las actividades comerciales de carácter transnacional», no tanto las empresas en sí mismo consideradas.

Este planteamiento amplio de la dimensión subjetiva, de configuración algo confusa, como se ha comentado, acepta las pretensiones de las partes negociadoras que desde principio argumentaban que incluir sólo a las transnacionales era un posible discrimen (la UE, incluso, hizo depender su continuidad en la negociación de dicha amplitud), y rechaza las contrarias.

Es cierto que esta concepción extensiva podría interpretarse como más beneficiosa para las potenciales víctimas por incluir más empresas y más trabajadores en el ámbito de protección, pero también lo es que hacer que el Instrumento Vinculante asuma la defensa de intereses heterogéneos

(apartándose así de la idea originaria de la Resolución CDH 26/9) y someta, innecesariamente, a empresas no transnacionales a normas internacionales, podría diluir el problema de la protección de los derechos humanos en las multinacionales, y en definitiva, podría mermar la eficacia del futuro Instrumento Vinculante. Así pues, convendría valorar la posibilidad de constreñir el alcance subjetivo del Instrumento Vinculante a las transnacionales (y a “otras”, entendidas éstas otras como todas las empresas de las cadenas de valor y suministros), no solo por dichas razones de eficacia, sino también – entre otras razones – porque las normas internacionales tienen importantes lagunas sobre la protección de tales derechos humanos, sin que ello perjudicara para nada a personas que trabajan en otras empresas. Si se quiere avanzar, resulta necesario zanjar este punto del debate sobre el referido ámbito subjetivo del Instrumento Vinculante; y, pretender cerrarlo, incluyendo en tal ámbito a “otras empresas” entendidas como las no transnacionales en vez de entenderlas como otras empresas de la cadena, es, posiblemente, cerrarlo en falso.

La amplitud también se puede predicar de la dimensión objetiva del ámbito de un futuro instrumento que pretende alcanzar a “todos” los derechos humanos (arts. 3.3 y 1.2 y Preámbulo), no solo en sentido cuantitativo (“todos”: incluidos los laborales y sindicales), sino también cualitativo, pues el texto concreta que tales derechos son «universales, indivisibles e interdependientes» (Preámbulo); es esta una previsión positiva, aunque condicionada por las normas internacionales sobre derechos humanos aplicables o no en cada estado en concreto.

Merece una reflexión propia el hecho que un texto que afecta al ejercicio de los derechos humanos en las empresas, no contenga referencia expresa alguna sobre los derechos humanos laborales (sólo se podrían deducir referencias indirectas *ex art. 3.3*): una mención de los derechos fundamentales de los trabajadores y de los derechos de los sindicatos y asociaciones empresariales no resultaría sobra, y mucho menos, una referencia a la libertad de asociación y sindical desde la óptica supraestatal. Mientras que, la inclusión de los “derechos ambientales” entre los derechos humanos a proteger por el Instrumento Vinculante (arts. 1.2 y 5), es un detalle con envidia que se subraya positivamente, sin desconocer que es objeto de críticas por ciertas opiniones empresariales que aprecian en tal planteamiento una extralimitación.

Esta amplitud de miras objetiva – igual que la subjetiva – potencia el sentido de la centralidad de los derechos humanos en el debate reflejado en estas páginas. Y, la significación del ámbito subjetivo y objetivo del Instrumento Vinculante es mayor si cabe, porque condiciona otros aspectos básicos del mismo fácilmente identificables.

4) *Afectación de los estados: sus obligaciones y los planes de acción*

Las previsiones del proyecto de texto internacional ahora considerado dirigidas a los estados se configuran formalmente como “obligación(es)” tanto, globalmente consideradas (arts. 2.1.a y 6) como en supuestos concretos (protección de víctimas, art. 5; prevención, art. 6; reparación daños, art. 7; responsabilidades, art. 8). A subrayar, que, entre las obligaciones previstas, se incluyen las preventivas, no se trata pues de obligaciones operativas tan solo *post* quiebra de los derechos, un realce de la idea *preventiva* que se debe valorar positivamente.

Los estados deben cumplir tales mandatos implementando sus “planes de acción nacional” sobre los que no se añaden más precisiones, y en caso que no lo hagan o lo hagan indebidamente, no se establecen las consecuencias con suficiente claridad.

En el estado actual de la cuestión, está previsto que «los estados exigirán a las empresas [...]» respeten los derechos humanos en el desarrollo de sus actividades actuando con la diligencia debida (art. 6.2), un precepto internacional – clave – que afecta a dos sujetos, uno público y otro privado, de forma escalonada, detalles que merecerán un comentario particular desde la óptica de las empresas implicadas.

En el borrador de Instrumento Vinculante ahora considerado, la expresión «violación de derechos humanos» – de larga tradición en el debate – ha perdido, con el paso del tiempo, algo de fuerza frente a la expresión «abuso de [...]» (por todos, art. 4.1): una nueva locución que podría hacer pensar que se pretenden reprender sólo las actuaciones indebidas de los estados, dejando algo al margen a las de las empresas, o incluso, podría hacer pensar que se tiende a mermar las responsabilidades del propio estado, sospechas, todas, que convendría difuminar.

5) *Afectación de las empresas: una responsabilidad, pero no una obligación directa*

Según las previsiones actuales, los estados adoptarán las medidas necesarias para que las “empresas” (incluidas multinacionales) respeten “todos” los derechos en “todas” sus operaciones, dicho sea, en los términos literales transcritos *supra* (ex art. 6.1), precisándose que «los estados parte exigirán a las empresas [...] que actúen con la debida diligencia en materia de derechos humanos» (art. 6, apartados 2 y 3).

La afectación de las empresas (y transnacionales, incluidas sus cadenas) prevista en el estado actual de la cuestión, merecería varias reflexiones, como por ejemplo las siguientes. No se formula imponiendo obligaciones directas a las misma (cuestión distinta son sus responsabilidades), sino que se *obliga* o mandata a los estados a que lo hagan, todo ello teniendo presente

que, como es sabido, bien podría ocurrir que algunas de aquéllas tengan igual o más *fuera* que algunos de éstos. Y, en caso de multinacionales, deberían – deben – quedar afectadas todas las empresas que formen parte de la cadena de valores y suministros (*ex* arts. 1.5 y 6.1 transcrito), una pretensión que debería reflejarse en el texto proyectado en los términos acordados que exige la casuística del supuesto. Y, también debería perfilarse con atención la posibilidad que las afectaciones puedan exigirse «de manera proporcional a su tamaño, al riesgo de las repercusiones graves y a la naturaleza y el contexto de sus operaciones» (art. 6.2, en concordancia con art. 3.2), recordando siempre que estas circunstancias más que excepciones son simples modulaciones previstas para garantizar la eficacia máxima de la protección perseguida.

Líneas arriba, al tratar de la dimensión subjetiva del ámbito del Instrumento Vinculante, se escribía que la forma genérica de exigir a los estados que implementen “planes de acción” para asegurar la protección de los derechos humanos en el entorno de la empresa, no siempre garantiza el éxito de los mismos, ahora se añade igual duda y crítica en punto a cómo se exige a las empresas que actúen con la diligencia debida idénticos fines: si los planes de acción y las previsiones de diligencia debida resultan ser, en ciertas ocasiones, *flatus vocis*, cada vez más se hacen necesarios instrumentos internacionales que sean vinculantes para estados y empresas multinacionales. Jurídica y políticamente existen ciertas dificultades para que el instrumento internacional en elaboración atribuya, sin más, obligaciones a estados, y más que lo haga directamente a las empresas (privadas), pero si no se sortean tales apuros, el objetivo final del proyecto es de muy difícil alcance: el problema no es nuevo ni imprevisto, y alternativas, de *haberlas haylas* en el ámbito de la política del derecho.

En el marco de las previsiones actuales, se valora positivamente que la diligencia debida de las empresas no las exime automáticamente de la responsabilidad por causar o contribuir a abusos contra derechos humanos (art. 8.7), y, con igual sentido y brevedad, se indica que, entre las empresas afectadas, se incluyen las “estatales” (art. 1.3).

6) *Afectación de las “víctimas”: sus derechos*

Omitiendo cualquier comentario sobre lo acertado o no del término “víctimas”, se formulan dos primeras consideraciones: se utiliza en un sentido subjetivo amplio, pues incluye también a «sus representantes, familiares y testigos», planteamiento que no recibe un visto bueno unánime; y son objeto de consideración en dos de los primeros artículos sustantivos del borrador (arts. 4 y 5), es decir, en un lugar privilegiado.

Como se ha detallado, las víctimas son consideradas de forma expresa

sujetos de los derechos humanos en general (art. 4, *Derechos de las víctimas*, apartado 1) y beneficiarias de la protección que les deben prestar sus respectivos estados (arts. 4.2 y 5) a nivel de prevención (arts. 4.2 y 6, apartados 2-7) y de reparación (arts. 4.2 y 7). Queda así reforzado el protagonismo de las víctimas y, una vez más, acentuada la centralidad de los derechos humanos.

No obstante tales reconocimientos generales y específicos en favor de las víctimas, el borrador – el estado – actual no parece aportar novedades que hagan pensar que, en la práctica, se superarán todas las dificultades que tienen para hacer valer sus derechos real y efectivamente, y, en su caso, para obtener la reparación de los daños sufridos: frente a los estados (obligados) y a las empresas (*sólo* responsables), las víctimas, son el eslabón débil de la cadena, pues parecen ubicadas en el escenario real del debate, casi, como “terceros” – dicho sea, a afectos reflexivos – a expensas que las empresas cumplan con sus obligaciones, que como se ha señalado, no están previstas de manera directa en el Instrumento Vinculante proyectado (art. 6, apartados 1 y 2).

7) *Responsabilidad legal: integral, pero con brechas y asimetrías internas*

Según las previsiones actuales se pretende que el futuro Instrumento Vinculante vele por que los estados implementen un sistema integral y realmente efectivo de *Responsabilidad legal* (art. 8) para personas naturales y jurídicas (empresas), que abarque la responsabilidad civil, administrativa y penal, incluidas las garantías financieras necesarias, y un sistema que facilite las reclamaciones de las víctimas por daños, por ejemplo, aceptando también la corresponsabilidad de los estados, y que prevea la imposición de sanciones, y, consecuentemente, que procure la reparación debida (art. 8.5). Resultaría oportuno que el próximo borrador del Proyecto precisara más las responsabilidades de los estados y las atribuyera expresamente a las empresas de manera directa (*v.gr.*, art. 8, apartados 1 y 7); y, en el caso de las multinacionales, sería necesario que concretara y reforzara la responsabilidad de todas las empresas de la cadena de valor y suministro (levantamiento del velo desde las matrices hasta todas filiales o controladas similares), pergeñando así un «sistema amplio y adecuado de responsabilidad para personas [...]» (*ex art.* 8.1 parcialmente transcrito supra) de acuerdo con las exigencias de la OIT en favor del «trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros»⁷⁶.

Las reflexiones sobre la responsabilidad de los estados y empresas a la luz de la normativa internacional actual, ayudan mucho a comprobar que entre

⁷⁶ *Ex* Resolución OIT relativa al trabajo decente, 2016, cit.

la teoría (prevención) y la práctica de la protección (rendición de cuentas y reparación) de los derechos humanos laborales en el entorno de las multinacionales y de otras empresas, existen asimetrías y brechas *internas* que el futuro instrumento internacional vinculante de referencia debería superar.

8) *Jurisdicción y extrajudicialidad: extraterritorialidad de la jurisdicción ante una desterritorialización de las empresas multinacionales. Levantamiento velo corporativo*
La delimitación de la *Jurisdicción* (art. 9, apartados 1, transcrito *supra*, y 2), y en especial su universalidad, requiere mayor detalle si, como se pretende, se quiere garantizar el acceso a la justicia y la real y la efectiva reparación del daño a las víctimas (art. 7) por lesión de los derechos humanos.

Cierto es que la propuesta actual ha mejorado en relación a anteriores, por ejemplo, aceptando la doctrina *forum non conveniens* («jurisdicción [...] obligatoria»), asegurando la competencia en virtud del *forum necessitatis*, y sugiriendo – aunque sin imponerla – a los estados que prevean la inversión de la carga de la prueba (art. 7.6) en favor de los intereses de las víctimas, pero también lo es que se debería avanzar. Teniendo presente que – en la inmensa mayoría de los casos – la multinacional es de un estado *fuerte* (desarrollado) mientras que las víctimas los son de un estado más *débil* (en vías de desarrollo), se debería procurar una *extraterritorialidad de la jurisdicción* que hiciera frente a tal *desterritorialización de las empresas multinacionales*. Es importante pues que las víctimas puedan elegir una jurisdicción entre varias posibles para poder reclamar; una jurisdicción, que, además, esté inspirada por la idea de la cooperación judicial internacional (art. 13), y en especial, por la de asistencia legal recíproca (art. 12), dos requerimientos ineludibles acordes con la naturaleza de los derechos – humanos o universales – objeto de protección.

Concluyendo esta cuestión, se apunta que la idea de la jurisdicción universal en su sentido más completo (supervisión, ejecución y reparación, pública e internacional), que alguna representación o delegación del GTI parecía reivindicar en algún momento anterior de la negociación, no tiene suficiente reflejo en el estado actual de la cuestión.

Y, para cerrar el estudio, una nota a modo de resumen, y una acotación final.

Así pues, según lo expuesto y las opiniones citadas, los aspectos del estado actual de la cuestión más polémicos, puede ser los siguientes: no se trata de un instrumento exclusivamente pensado en las multinacionales; siendo un instrumento vinculante no tiene primacía sobre a los acuerdos comerciales; obliga a los estados, pero no directamente a las empresas; no se proyecta

suficientemente sobre toda la cadena de valores de las transnacionales; carece de suficientes mecanismos de seguimiento y control; y, tampoco dispone de dispositivos que aseguren el cumplimiento real y efectivo de la normativa internacional. A estas alturas del proceso de elaboración del Instrumento Vinculante, los aspectos en discusión no son precisamente pocos.

Cuando las multinacionales deciden fragmentar la producción en distintas fases, y eligen la forma de hacerlo y el lugar geográfico donde materializar cada una de las mismas (deslocalización y globalización) pensando en satisfacer así de la mejor manera posible sus intereses empresariales y económicos, también están eligiendo o seleccionando – en parte – las normas (laborales y sindicales incluidas) que se les aplicarán en cada momento productivo y en cada lugar, delicada operación selectiva esta que también es decisiva por idénticos motivos. Por razones de equilibrio y justicia social – y comercial (dumping social) –, la globalización económica personificada por las multinacionales, debería coexistir con la globalización de los derechos laborales basada en unos derechos universales y globales como lo son los derechos humanos por definición: este deseable equilibrio de intereses contrapuestos explica el por qué, el cómo y el para qué del *Proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas*; este nuevo Proyecto, debe informar y confirmar el carácter tuitivo que define el ordenamiento laboral tanto internacional como estatal.

4. Bibliografía

AA.VV., *La construcción supranacional del Derecho del Trabajo*, Trabajo y Derecho, 2019, n. extra. 10

AA.VV., *Transnacionales y Derechos Humanos*, América Latina en Movimiento, 2016, n. 520

AA.VV., *Empresas y derechos humanos: una relación compleja*, Aportes DPLF, 2011, n. 15

ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA L., *La responsabilidad social de la empresa y su interrelación con el Derecho del Trabajo*, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 5, pp. 135-142

ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA L., FONTES FIGUEIREDO MENDES A.C., *Trabalho escravo contemporâneo: análise das decisões da Corte Interamericana de*

[Direitos Humanos](#), en *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, 2018, n. 2, pp. 146-168

AUVERGNON P., *El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 206-223

CANTÚ RIVERA H., *Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos*, en H. CANTÚ RIVERA (coord.), *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. Instituto Interamericano de derechos humanos, IIDH, 2017

CANTÚ RIVERA H., *¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, vol. XVI

CANTÚ RIVERA H. (coord.), *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. Instituto Interamericano de derechos humanos, IIDH, 2017

CASSEL D., *Opciones para un tratado sobre empresas y derechos humanos. Avances y estado del arte*, en A. VON BOGDANDY ET AL. (coords.), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, UNAM-IIIJ, 2018

DE LA CUESTA M., PARDO E. (coords.), [Empresas, Derechos Humanos y Competitividad. Principales resultados](#), Cátedra Telefónica-UNED, 2014

DEVA S., *Tratar los derechos humanos a la ligera: una crítica de la retórica del consenso y el lenguaje empleado por los principios rectores*, en S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, 2013

ERMIDA URIARTE O., *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, en *IUSLabor*, 2017, n. 1

ESPINOSA GARCÉS M.F., [Avanza construcción de instrumento vinculante](#), en alainet.org/es, 16 diciembre 2016

ESTEVE MOLTÓ J.E., *Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, n. 27, pp. 317-351

FERNÁNDEZ LIESA C.R., LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ M.E. (dirs.), *Empresas y derechos humanos*, Aranzadi, 2018

GIL Y GIL J.L., *La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 6-70

GINER A., *Las empresas transnacionales y los Derechos Humanos*, en *Lan Harremanak*, 2008, n. 19, pp. 67-87

GUAMÁN A., [Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del Proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos](#), en *Revista de Direito Internacional*, 2018, n. 2, pp. 85-115

GUAMÁN A., *El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9*, en *Cuadernos de Pesquisa-Homa*, 2018, n. 6, pp. 3-35

GUAMÁN A., *Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)*, en *Jueces para la Democracia*, 2018, n. 92, pp. 100-124, y en *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 81, pp. 197-218

GUAMÁN HERNÁNDEZ A., [Derechos humanos y empresas transnacionales: las debilidades del tercer pilar derivadas de las normas de promoción e inversión. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty](#), en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2019, n. 39

GUAMÁN A., LUQUE GONZÁLEZ A., [Cadenas de suministro. Derechos Humanos. Empresas Transnacionales e industria textil: de los AMI a un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2019, n. 2, pp. 393-418

GUAMÁN A., MORENO G., *El fin de la impunidad. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos*, Icaria, 2017

GUAMÁN HERNÁNDEZ A., MORENO GONZÁLEZ G., *Empresas transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un Instrumento Vinculante*, Bomarzo, 2018

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrabegemónicas transnacionales*, Hegoa y Omal, 2009

IGLESIAS D., *Explorando las fronteras del Derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos*, en *Akademia*, 2018, n. 1, pp. 165-214

IGLESIAS MÁRQUEZ D., [Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades](#), en *Revista Deusto de Derechos Humanos*, 2019, n. 4, pp. 145-177

IGLESIAS MÁRQUEZ D., *Las obligaciones de las empresas en virtud del Derecho Internacional Retos y oportunidades en materia de empresas y derechos humanos*, en R. ABELLO-GALVIS, W. ARÉVALO-RAMÍREZ (eds.), *Derechos humanos y empresas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Reflexiones y diálogos*, Universidad del Rosario, 2019

IGLESIAS-MÁRQUEZ D., [Nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos en el contexto de la globalización: apuntes sobre el trabado de empresas y derechos humanos](#), en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2019, vol. 14, pp. 229-249

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURIST, [Comments and recommendations on the Revised draft of an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights](#), 2020

JÁUREGUI R., [Por una norma internacional en favor de los Derechos Humanos](#), en [diarioresponsable.com](#), 6 octubre 2017

KRAJEWSKI M., [Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model clauses for a UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights](#), CIDSE, 2017

LANTARÓN BARQUÍN D., *¿Hacia un sistema «cosmopolita» de fuentes del Derecho del Trabajo? La empresa multinacional como detonante del cambio*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. extra. 10

LÓPEZ C., [El Proyecto Revisado de un Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: Mejoras innovadoras y perspectivas más claras](#), en [www.iisd.org](#), 2 octubre 2019

LÓPEZ C., *Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco jurídico internacional*, en [Aportes DPLf](#), 2015, n. 20, pp. 4-6

MORENO J.A., [Derechos humanos y empresas transnacionales: algo se mueve](#), en [www.agorarsc.org](#), 3 septiembre 2015

NIETO ROJAS P., [Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos jurídicos ordenados a garantizarlo](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2019, n. 2, pp. 393-418

PÉREZ AMORÓS F., *Sistema europeo de protección de los derechos humanos laborales: cuestiones de presente y retos de futuro*, en *Revista Científica Criterio Académico*, 2020, n. 4, pp. 57-98

PIGRAU SOLÉ A., *Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, en M.C. MARULLO, F.J. ZAMORA CABOT (coords.), *Empresas y derechos humanos: temas actuales*, Editoriale Scientifica, 2018

PIGRAU SOLÉ A., IGLESIAS MÁRQUEZ D., [La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones](#), Policy Paper ICIP, 2019, n. 19

REYNOSO CASTILLO C., *Los derechos humanos laborales*, Universidad Autónoma Metropolitana, Tirant lo Blanch, 2017

RODRÍGUEZ GARAVITO C. (ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Siglo Veintiuno, 2018

RUGGIE J.G., *¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales*, en C. RODRÍGUEZ GARAVITO

(ed.), *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Siglo Veintiuno, 2018

RUGGIE J.G., *'Guiding Principles' for the Business & Human Rights Treaty Negotiations: An Open Letter to the Intergovernmental Working Group*, Harvard Kennedy School, 2018

RUGGIE J., *¿Solamente Negocio? Multinacionales y derechos humanos*, Icaria, 2014

RUGGIE J., *The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty*, en www.ibrb.org, 8 julio 2014

RUIZ GALAN J., *Búsqueda de consensos sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia un Instrumento Internacional Vinculante*, en *American University International Law Review*, 2017, vol. 32, n. 4, pp. 819-857

SANGUINETI RAYMOND W., *Transnacionalización del derecho del trabajo y empresas multinacionales*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. extra. 1

SANGUINETI RAYMOND W., *La tutela de los derechos fundamentales en las cadenas de producción de las empresas multinacionales*, en Á. FIGUERUELO BURRIEZA, F.J. GORJÓN GÓMEZ (coords.), *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica. Homenaje a los 75 años de la Universidad de Nuevo León*, Comares, 2008

TREBILCOCK A., *El desastre de Rana Plaza siete años después: Iniciativas transnacionales y proyectos de tratado*, en *Revista Internacional de Trabajo*, 2020, n. 4, pp. 599-626

USHAKOVA T., *Las empresas y la protección de los derechos humanos en el sistema del Consejo de Europa*, en *Revista Internacional Consinter de Direito*, 2018, n. VII, pp. 359-376

ZAMFIR I., *Hacia un tratado internacional vinculante sobre las empresas y los derechos humanos*, Briefing Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2017, PE 608.636

¿Abogados contratados o falsos autónomos? Estado de la cuestión y actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*

Juan Cristóbal BANDERA GALLEGO**

RESUMEN: El presente estudio está dedicado a analizar la situación de los falsos autónomos en el sector de la abogacía, motivo de honda preocupación de los jóvenes abogados que prestan servicios en los despachos individuales o colectivos de nuestro país. La unanimidad de las instancias supranacionales en la lucha contra el falso empleo autónomo, así como también la de la Administración española, da paso al análisis de la doctrina de suplicación y de la jurisprudencia sobre los falsos autónomos en el sector de la abogacía, para concluir abordando la forma en la que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social actúa contra esta práctica fraudulenta.

Palabras clave: Abogados, despachos individuales o colectivos, falso autónomo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los falsos autónomos: caracterización general. 3. Estado de la cuestión. 4. Doctrina legal y jurisprudencial relativas a los falsos autónomos en el sector de la abogacía. 4.1. Dependencia. 4.2. Ajenidad. 5. Un caso especial: la existencia de un doble vínculo en la relación entre el abogado y el despacho. 6. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 6.1. Acta de infracción. 6.2. Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social. 7. Efectos derivados de la actuación inspectora en relación con la situación de Seguridad Social: el alta del abogado en el Régimen General de la Seguridad Social. 8. Valoraciones finales. 9. Bibliografía.

* Texto íntegro de la ponencia presentada en el Congreso Nacional *Octubre Jurídico ICAMÁLAGA* (online), 15 octubre 2020, panel 2, a propuesta del Grupo de Abogados Jóvenes del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Málaga (España).

** Inspector de Trabajo y Seguridad Social; Profesor Asociado, Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

Hired Lawyers or False Self-Employed? Status of the Issue and Performance of the Labour and Social Security Inspection

ABSTRACT: This work aims to analyse the situation of false self-employed in the legal sector, a matter of deep concern for young lawyers who provide services in individual or collective law firms in our country. The unanimity of the supranational instances in the fight against false self-employment, as well as of the Spanish Administration, gives way to the analysis of the doctrine of supplication and of the jurisprudence on false self-employed in the legal sector to conclude by addressing the form in which the Labour and Social Security Inspectorate acts against this fraudulent practice.

Key Words: Lawyers, individual or collective law firms, false self-employed.

1. Introducción

El título de esta ponencia obedece al justificado interés del Grupo de Abogados Jóvenes del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Málaga por abordar uno de los problemas más importantes al que los jóvenes abogados se enfrentan al iniciar sus carreras profesionales en los despachos de abogados que los contratan. Así lo atestigua la encuesta realizada a lo largo de 2018 por la Confederación Española de Abogados Jóvenes (CEAJ) en la que los encuestados – 513 abogados en ejercicio activo menores de 35 años – sitúan este problema como el segundo más relevante inmediatamente después del relativo a los honorarios del turno de oficio.

Se inicia este estudio conceptuando al “falso autónomo” así como las consecuencias de todo orden que la existencia de esta práctica conlleva y, dado que es una figura que se está manteniendo en el tiempo, alcanzando proporciones preocupantes, las organizaciones internacionales – y también la Administración española – se han pronunciado contundentemente en defensa de los derechos de los trabajadores por cuenta ajena que formalizan con las empresas relaciones jurídicas de este tipo, proponiendo medidas de lucha contra esta modalidad de fraude.

El análisis de la jurisprudencia española sobre la figura de los falsos autónomos es el punto de partida del que se hace de la que específicamente se refiere a los abogados contratados por despachos individuales o colectivos mediante contratos de arrendamiento de servicios, de colaboración profesional o similares (a veces, incluso, sin plasmar documentalmente tal relación), lo que nos permite detectar las particularidades que las clásicas notas definidoras del trabajo por cuenta ajena presentan en la relación de carácter especial entre los abogados y tales despachos.

La vertiente netamente práctica de este estudio se encuentra en el epígrafe dedicado a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Las amplias facultades que la normativa en la materia confiere a los funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social permiten investigar con la amplitud y la profundidad necesarias las relaciones que se establecen entre un despacho y un abogado bajo una forma que le otorga a este la condición de trabajador autónomo. De concluirse, tras la actuación desplegada, que la relación no se desenvuelve en el marco de una relación entre una empresa y un trabajador autónomo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá proceder a la práctica de las actas que correspondan, respecto de las que se indican las especialidades que concurren cuando se extienden en este tipo de asuntos, incluyendo los efectos que se derivan para el trabajador afectado en cuanto a su alta en la

Seguridad Social.

Se concluye con la invitación a las partes implicadas de emprender las acciones necesarias – alguna de las cuales se proponen por el autor – para erradicar definitivamente esta figura en el sector de la abogacía.

2. Los falsos autónomos: caracterización general

Con carácter general, el llamado “falso autónomo” es aquel trabajador que mantiene una relación con una entidad pública o privada bajo la forma de contrato de arrendamiento de servicios, de ejecución de obra, de colaboración o de servicios profesionales o similares al amparo de la normativa civil, mercantil o administrativa cuando, en realidad, concurren en aquella relación las notas que definen el trabajo por cuenta ajena¹.

Las consecuencias conocidas de esta situación afectan a tres sujetos:

- al propio “falso autónomo”, al que se le despoja de la protección de la legislación laboral: sus retribuciones en ocasiones no alcanzan la cuantía del salario mínimo interprofesional (SMI); sus jornadas laborales superan la máxima legalmente establecida; carecen del derecho a vacaciones retribuidas; no perciben indemnización por despido; no quedan protegidos por la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, entre otras. En materia de Seguridad Social, es el propio trabajador el que ha de asumir la cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA). Se ha llegado a decir que la instauración de la tarifa plana (fijar una cuota mensual reducida en este Régimen Especial para jóvenes emprendedores durante un periodo de tiempo) ha podido incentivar la proliferación de esta figura², aunque no existen datos fiables que lo confirmen;
- al Estado: precarización de las relaciones laborales; condiciones de trabajo abusivas que conlleva el incremento de lo que la Unión Europea denomina trabajadores pobres que, a veces, han de subsistir con ayuda externa o simultanear su actividad principal con otros trabajos normalmente también precarios o el fraude a la Seguridad Social, al eludir las cotizaciones debidas en el Régimen General de la Seguridad

¹ No cabe la posibilidad de que el abogado suscriba un contrato como trabajador autónomo económicamente dependiente pues el art. 2.º de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo excluye de su ámbito de aplicación a las relaciones laborales de carácter especial del art. 2 del Estatuto de los Trabajadores.

² Vid. J. CALVO VÉRGEZ, *La problemática de los llamados falsos autónomos en el mercado laboral español*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2020, n. 8, pp. 16 y 17.

Social³;

- a las empresas que no acuden a esta forma de contratación en cuanto que padecen la competencia desleal de quienes sí lo hacen pues han de asumir los costes sociales derivados de la contratación laboral.

La posición de las organizaciones internacionales en torno a esta cuestión es unánime al condenar estas prácticas y, consiguientemente, exigir a los Estados luchar decididamente contra ellas, por un lado, clarificando y deslindando en los ordenamientos jurídicos ambas instituciones jurídicas, esto es, la del trabajador por cuenta ajena y la del trabajador por cuenta propia y, por otro, a través de unos sistemas de Inspección de Trabajo dotados de los recursos humanos y materiales suficientes para combatir con eficacia estas formas de fraude.

Así, la Comisión Europea, de forma continuada y consistente, ha promovido la lucha contra el fenómeno de los falsos autónomos. Con la aprobación de la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, se ha dado un paso importante en la persecución del trabajo falsamente autónomo. Así, en el considerando 8 se dice: «El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación».

Asimismo, la Exposición de Motivos de la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una plataforma europea para mejorar la cooperación en la lucha contra el trabajo no declarado, indica que se da esta figura «cuando el trabajador es declarado formalmente como autónomo sobre la base de un contrato de servicios, pero el trabajo que realiza cumple todos los criterios que se utilizan en la

³ La organización de autónomos UATAE estima que en España existían en 2018 alrededor de 225.000 falsos autónomos basándose en datos de la Encuesta de Población Activa elaborada por el Instituto Nacional de Estadística correspondiente al segundo trimestre de ese año, lo que suponía un aumento del 7,1% respecto al año anterior y se traduce en un coste para las arcas de la Seguridad Social de 592 millones de euros (*vid.* G. UBIETO, [La Seguridad Social deja de ingresar casi 600 millones de euros por los falsos autónomos](#), en [www.elperiodico.com](#), 28 agosto 2018). Sin embargo, a la vista de esos mismos datos, hay quien considera que ese número podría alcanzar los 651.000 sobre la base de que un 21% de los trabajadores autónomos no tienen influencia en la decisión sobre su horario de trabajo (*vid.* A. TODOLÍ SIGNES, *El ámbito subjetivo de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: la nueva ley California (ABS)*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 66, p. 3).

legislación y la práctica nacionales para caracterizar una relación laboral», señalando a continuación sus perniciosos efectos: «El falso trabajo por cuenta propia tiene consecuencias negativas para los trabajadores afectados en términos de salud y de seguridad y de cobertura de la Seguridad Social, así como sobre los ingresos fiscales».

Por su parte, la OIT en la recomendación R198 de 2006 sobre la relación de trabajo declara en su § 4.b que «La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a [...] luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho» para, más adelante (§ 15), sugerir medidas a los Estados miembros para evitar las relaciones de trabajo encubiertas: «La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales».

La posición de Administración española está en línea – como no podría ser de otra manera – con la de las instancias supranacionales mencionadas. Así:

- el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020⁴ contiene un *Informe de diagnóstico del mercado de trabajo* cuyo apartado sexto se dedica a los “falsos autónomos” aludiendo a los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) que permiten intuir la presencia de esta figura en las relaciones mercantiles existentes. Por mencionar algunos: un 5,5% de los trabajadores por cuenta propia de nuestro país no puede influir ni en el contenido ni en el orden de las tareas; el 9,2% no había tenido ningún cliente o a lo sumo uno en los últimos doce meses y el 11% dice que su horario de trabajo lo decide su cliente. Se propone en el Plan «Intensificar las relaciones y la coordinación con la Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria con el objetivo de disponer de una información que permita identificar de las empresas que se sirven de los denominados falsos autónomos»;
- el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para

⁴ Aprobado en Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018.

el período 2018-2020⁵ contempla como uno de sus objetivos el de «Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de Seguridad Social, economía irregular y extranjería» y, en lo que afecta a los “falsos autónomos” propone como medidas concretas la de elaborar protocolos y guías de actuación que permitan la detección de falso trabajo autónomo; establecer conjuntamente un nuevo sistema de detección mediante cruce de datos con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social y diseñar un sistema para la búsqueda de empresas interpuestas que favorezcan esta tipología de fraude.

3. Estado de la cuestión

Contextualizado el problema de los falsos autónomos, procede ahora abordarlo en el sector de la abogacía, teniendo muy presente las particularidades que presenta la relación entre los abogados y los despachos individuales o colectivos.

De entrada, la encuesta realizada lo largo de 2018 por la CEAJ revela que el 50% de los jóvenes abogados contratados por despachos trabajan como “falsos autónomos” (un 40,18%) o con un contrato mercantil por el que no reciben remuneración alguna (un 9,82%) so pretexto de que la formación que adquieren – léase, realización de las actividades propias de un letrado – es la forma de retribuirlos; que un 40% de los encuestados no cobran más de 6.000 €/año y sólo un 14% cobra más de 18.000 €/año y que las jornadas laborales son, para la gran mayoría de ellos de cuarenta o más horas semanales, superando en algunos casos las sesenta en una semana.

Hasta la vigencia del RD 1331/2006, regulador de la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos individuales o colectivos, la relación entre estos abogados y los despachos solo contaba con una mínima regulación en el art. 27 del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE, RD 658/2001). En el precedente (RD

⁵ Aprobado en Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018. En enero de 2020 se publicó el *Informe sobre el estado de ejecución del Plan Director 2018-2020* en el que se dedica un apartado a los resultados obtenidos en relación a los falsos autónomos indicando que «Las actuaciones inspectoras en relación con determinadas empresas del sector cárnico han dado lugar a la práctica de actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social – aún no definitivas – que afectan a 11.978 falsos autónomos, trabajadores dados de alta indebidamente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos (RETA), cuando según dichas actuaciones se trata de trabajadores por cuenta ajena que deben estar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social».

2090/1982), no aparecía mención alguna a los abogados que prestaban sus servicios por cuenta ajena para otros abogados. Para los abogados que no trabajaban para despachos de abogados se les aplicaba, como así siguiendo, la legislación laboral común.

Ni que decir tiene que litigios entre abogados y los despachos o entre aquellos y entidades públicas o privadas sobre la naturaleza jurídica de su relación han existido siempre pero, el origen de la actual relación laboral de carácter especial se encuentra en las actuaciones efectuadas por la Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid que había programado para el año 2005 un total de cien actuaciones en despachos de abogados cuyo resultado fue la práctica de actas de infracción y actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, de elevadas cuantías estas últimas, al ser varios los abogados afectados y estar referidas a todo el periodo no prescrito de cuotas. La movilización de los grandes bufetes y de los máximos representantes del Consejo General de Abogacía Española (CGAE) ante el Ministerio de Trabajo dado «los perjuicios que podían acarrear las inspecciones en curso»⁶ tuvo éxito pues quedaron sin efecto las actas que se encontraban en tramitación a 20 de noviembre de 2005, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2005 (referida a transposición de directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad) en cuya Disposición Adicional (DA) primera, por un lado, encargaba al Gobierno regular mediante real decreto esta relación laboral de carácter especial y, por otro, obligaba a los despachos que tuvieran contratados a abogados por cuenta ajena a darlos de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a partir del uno de febrero de 2006. La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social⁷ consideró válidas, a todos los efectos, las cotizaciones anteriores a uno de febrero de 2006 en el Régimen General de la Seguridad Social o en el RETA. En otras palabras, se amnistió a todos los despachos de abogados que fueron objeto de esos expedientes⁸.

La instauración de esta relación laboral de carácter especial tampoco logró

⁶ Comunicado de prensa CGAE de 22 de diciembre de 2005.

⁷ *Vid.* apartado tercero de la Resolución de 21 de noviembre de 2005, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se imparten instrucciones para la inclusión en el régimen general de la Seguridad Social de los abogados que mantienen relación laboral de carácter especial, en aplicación de lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre.

⁸ De sorprendente e injustificada se calificó a esta “amnistía” concedida a los despachos de abogados respecto de las cotizaciones de los últimos cuatro años de los abogados que prestaron sus servicios en los mismos en régimen de dependencia y ajenidad (*vid.* A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La nueva relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos individuales o colectivos*, en *Relaciones Laborales*, 2006, n. 4, p. 858).

la desaparición de los falsos autónomos en el sector, que sigue aquejado de este tipo de prácticas y, ciertamente, no hay razones objetivas que hagan vislumbrar que en un futuro próximo se erradiquen estas conductas.

4. Doctrina legal y jurisprudencial relativas a los falsos autónomos en el sector de la abogacía

Antes de referirme a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conviene dejar claro los elementos que en la doctrina de suplicación y la jurisprudencia se consideran como definidores de la relación laboral de carácter especial entre los abogados y los despachos individuales y colectivos.

El art. 1.1 del RD 1331/2006 define esta relación laboral como aquella en la que se «prestán servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo». Se trata de una definición coincidente con la del trabajador por cuenta ajena del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues contiene sus cuatro notas definitorias: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución.

Por otro lado, el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, de Estatuto del trabajo autónomo extiende su ámbito de aplicación 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, 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».

Dado que el problema de los falsos autónomos en el sector de la abogacía tiene su origen en la naturaleza jurídica del vínculo que liga al abogado con el despacho (normalmente, a través de un contrato de arrendamiento de servicios, de colaboración profesional e, incluso, sin llegar a formalizar la relación en modo alguno) hemos de acudir a la jurisprudencia⁹ que establece los criterios generales para diferenciar las relaciones laborales de las mercantiles o civiles:

1. en el contrato de arrendamiento de servicios se produce un genérico intercambio de prestaciones de trabajo con la contrapartida de una remuneración por los servicios. El contrato de trabajo es una subespecie

⁹ Por todas, STS, Sala de lo Social, de 20 de setiembre de 1995, RCUUD n. 1463/1994; STS, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2012, RCUUD n. 536/2012; STS, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2014, RCUUD n. 739/2013.

de aquel caracterizado porque el intercambio consiste en una prestación de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Por ello, cuando además de las notas genéricas de trabajo y retribución, concurren las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia nos encontramos ante un contrato de trabajo;

2. de las cinco notas que identifican la relación de trabajo, tres – voluntariedad, personalidad y retribución – son comunes a otras relaciones contractuales de distinta naturaleza jurídica. Por el contrario, la ajenidad y dependencia son determinantes y consustanciales al contrato de trabajo. Y de estas dos notas es la dependencia la que mayor identidad otorga a la relación laboral;
3. el *nomen iuris* elegido por las partes no resulta determinante para discernir el contrato, de modo que para determinar su naturaleza jurídica habrá que prescindir del rótulo que aquellas le han dado y atender al conjunto de derechos y obligaciones pactadas y al modo efectivo en el que se ejecutan. A este respecto resulta particularmente esclarecedora la argumentación esgrimida en el fundamento de derecho (FD) cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Social, de 3 de mayo de 2005: «no puede limitarse el intérprete de un contrato a contemplar la mera literalidad del documento en que dicho contrato aparece plasmado, sobre todo cuando existe algún indicio que haga abrigar la sospecha en el sentido de que en el contrato ha mediado simulación. Ésta, no siempre se revela de manera evidente, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad¹⁰, por lo que la jurisprudencia aconseja en estos casos acudir, bien a la prueba de presunciones, o bien a las reglas de interpretación de los contratos para desentrañar la verdadera naturaleza de determinados pactos [...]. Por lo que al campo de las relaciones laborales se refiere, la experiencia de juzgar enseña que, con gran frecuencia, las partes contratantes atribuyen al genuino contrato de trabajo la apariencia documental de alguna de las modalidades del contrato de arrendamiento de servicios, plasmando documentalmente pactos que, o bien no responden a la realidad de lo acordado, o bien tratan de enmascararla de algún modo. En estos casos, las reglas de la interpretación de los contratos constituyen una valiosa ayuda para desentrañar la verdadera naturaleza de la relación, [...] atendiendo a los

¹⁰ STS (Civil) de 15 de noviembre de 1993, RCU n. 746/91; STS (Civil) 27 de febrero de 1998, RCU n. 327/94; STS (Civil) de 6 de junio de 2000, RCU n. 2386/95; STS (Civil) de 29 de octubre de 2004, RCU n. 2749/98.

actos coetáneos de los contratantes, y también a los posteriores, para descubrir cuál había sido la verdadera intención de quienes llevaron a cabo el pacto». Esta resolución judicial – frecuentemente referenciada en la doctrina de suplicación cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica del vínculo que se establece entre un abogado y un despacho individual o colectivo para el que aquel presta sus servicios –, aunque referida a la prestación de servicios de un abogado para una empresa, ha sentado una doctrina general sobre la contratación laboral de abogados aplicable plenamente a los servicios de un abogado para un despacho¹¹;

4. el Tribunal Supremo utiliza la técnica indiciaria: es la proyección acumulada de indicios de dependencia y ajenidad sobre la relación concreta la que permite su calificación, porque tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción. De ahí que, en la resolución de los casos litigiosos, se recurra a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de dependencia y ajenidad, que son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales:
 - la dependencia es la situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa (art. 1.1 ET). El Tribunal Supremo explica que los indicios comunes de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste; el sometimiento a horario, aun con cierta flexibilidad lo que es propio y habitual en trabajadores de alta cualificación; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador, que se encarga de programar su actividad y, como reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador;
 - la ajenidad consiste en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios. Indicios de ajenidad son: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las

¹¹ Vid. M. RODRIGUEZ-PINERO, *La Relación Laboral de los Abogados que prestan Servicios en Despachos*, en *Relaciones Laborales*, 2007, n. 37, p. 3.

relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de esta con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

En la proyección de esta doctrina jurisprudencial en la relación laboral especial de abogados con despachos individuales o colectivos las resoluciones judiciales relativas a este tipo de asuntos ayudan a perfilar con más precisión sus contornos. Para este análisis partimos de dos aspectos previos ineludibles.

En primer término, la naturaleza jurídica de la relación. En la relación entre abogado y despacho de abogados a ninguna de las partes le cabe optar entre la relación laboral común o la especial regulada en el RD 1331/2006. Concurriendo las notas de la laboralidad en el vínculo este deberá quedar al amparo de la relación especial regulada en dicha norma¹².

Asimismo, aunque el despacho y el abogado hayan concertado un contrato de arrendamiento de servicios, lo que supone la aceptación por el abogado de su condición de trabajador autónomo, y este no hubiera invocado durante su vigencia un vicio en el consentimiento, eso no puede obligar al Tribunal a rechazar la relación laboral encubierta sobre la base del principio de ir contra los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*) asentado en el principio de la buena fe (art. 7 del Código Civil) y que se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla. La respuesta a esta argumentación viene de la mano de los específicos y singulares principios que informan nuestra legislación laboral como es el de que renunciar a la naturaleza laboral de una relación es un acto indisponible para los trabajadores por así establecerlo el art. 3.5 ET: «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario»¹³.

Cosa distinta es que, cuando estamos a presencia de relaciones que han sido duraderas en el tiempo no quepa excluir la posibilidad de que su contenido obligacional haya ido cambiando a lo largo del tiempo pudiendo, en algunos periodos, ser laboral y, en otros, ser el propio de un trabajador autónomo.

¹² FD 2º, STS (Social) de 23 de febrero de 2018, RCUUD n. 3082/2015; FD 2º STSJ País Vasco (Social) de 29 de junio de 2010, rec. n. 1056/2010.

¹³ FD 12º, STSJ La Rioja (Social) de 1º de marzo de 2018, rec. n. 26/2018.

Solo cuando pudiera diferenciarse con precisión un periodo de otro podría aceptarse tal cosa.

En segundo lugar, la forma del contrato en esta relación laboral de carácter especial. Alguna sentencia aislada establece que para que resulte de aplicación a la relación entre un abogado y un despacho profesional la laboral de carácter especial debió ser constituida en su día al amparo del RD 1331/2006 pues su art. 7.1 exige la formalización por escrito del contrato en el que ha de determinarse tanto el tiempo de trabajo como los demás derechos y deberes derivados del mismo¹⁴. La posición mayoritaria considera que, aun cuando la relación no se formalizó por escrito – incumpliendo el mandato del art. 7.1 –, la norma no establece las consecuencias jurídicas de su inobservancia por lo que resultan de aplicación los arts. 1254, 1258, 1278 y 1279 del Código Civil, a tenor de los cuales en el caso de duda debe estarse a favor de la validez del contrato verbal. Por consiguiente, si en una determinada relación de trabajo están presentes los elementos básicos configuradores de esta relación especial la misma tendrá esa naturaleza, se haya documentado o no por escrito, porque el carácter de tal no depende de esa formalidad sino de su propia esencia. La ausencia de la forma escrita no determina, por tanto, que la relación laboral especial se transforme en ordinaria¹⁵.

Adicionalmente, la falta de forma escrita y de alta en el Régimen General de la Seguridad Social – cuando se determina que la relación es laboral y no otra – implica que el contrato deba presumirse por tiempo indefinido¹⁶, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la relación en aplicación de lo dispuesto en el art. 15.2 ET: «Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, [...] salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos». Hechas estas precisiones nos ocupamos de los dos aspectos esenciales y definidores de la relación laboral tal y como lo entiende la jurisprudencia

¹⁴ FD 2º, STSJ Madrid (Social) de 23 de diciembre de 2011, rec. n. 5617/2011.

¹⁵ El FD 2º, STSJ País Vasco (Social) rec. n. 1056/2010, cit., se pronuncia en estos términos: «No obstante, el incumplimiento de la obligación de la empresa de formalizar por escrito el contrato de trabajo es conducta tipificada como grave en el artículo 7.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), con la consecuencia de poder ser sancionada por ello a través de la correspondiente acta de infracción que pudiese extender la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

¹⁶ FD 2º, STSJ País Vasco (Social) rec. n. 1056/2010, cit.; FD 10º, STSJ Andalucía/Granada (Social) de 14 de marzo de 2007, rec. n. 81/2007; FD 11º, STSJ Aragón (Social) de 18 de octubre de 2017, rec. n. 485/2017; FD Único, STSJ Galicia (Social) de 26 de enero de 2009, rec. n. 5352/2008.

actual, esto es, la dependencia y la ajenidad que, si bien ya han quedado planteados, merecen algunas acotaciones en algunos de sus aspectos para así obtener una visión más precisa de las características de esta relación laboral.

4.1. Dependencia

Examinemos sus aspectos principales en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial pero referidos a los que presentan particularidades propias.

Exclusividad

Se admite que esta relación laboral especial pueda desarrollarse aun cuando se ejercite la actividad profesional a favor de los propios clientes particulares del abogado incluso aunque sean atendidos en el propio despacho del empleador¹⁷, utilizando sus medios materiales y dentro del horario de trabajo, lo que no es suficiente para desnaturalizar la nota de dependencia, pues puede obedecer, bien a la tolerancia de la empresa o simplemente a defectuoso cumplimiento por el trabajador de sus deberes para con el empresario¹⁸ lo que, en su caso, daría lugar a que por este se adoptasen las oportunas medidas disciplinarias.

A tenor del art. 10.1 del RD 1331/2006, la prestación de servicios en régimen de dedicación exclusiva es la regla general que admite la excepción si en el contrato de trabajo se pacta lo contrario o lo es a tiempo parcial. Ahora bien, si estamos a presencia de un falso autónomo, no parece admisible que se pretenda por la empresa que lo emplea apelar a la aplicación de la norma legal que desprecia al contratar a un trabajador por cuenta ajena bajo la forma de trabajador por cuenta propia de manera fraudulenta, lo que no es sino aplicación del aforismo jurídico “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” que se ha de traducir, en última instancia, en que quien deje de cumplir con sus obligaciones no puede después pretender

¹⁷ FD 11º, STSJ Aragón (Social) rec. n. 485/2017, cit.; FD 3º, TSJ Andalucía/Granada (Social) de 18 de enero de 2018, rec. n. 1146/2017; FD 3º, STSJ Cataluña (Social) de 22 de abril de 2013, rec. n. 423/2013; FD 4º, STSJ Cataluña (Social) de 9 de octubre de 2015, rec. n. 3663/2015; FD 4º, STSJ Madrid (Social) de 24 de julio de 2018, rec. n. 789/2017; FD 12º, STSJ Andalucía/Granada (Social) rec. n. 81/2007, cit.; FD 3º, STSJ Extremadura (Social) de 2 de abril de 2009, rec. n. 109/2009.

¹⁸ FD 3º, STSJ Madrid (Social) de 21 de mayo de 2018, rec. n. 29/2018; FD 2º, STSJ País Vasco (Social) de 21 de octubre de 2019, rec. n. 1679/2019.

obtener provecho de ello¹⁹.

Por tanto, la ausencia de pacto en torno a la exclusividad – que no lo hay al no haberse convenido entre las partes un contrato de trabajo – hace que la relación no deje de ser laboral si el abogado que es contratado por el despacho como autónomo – en una relación que luego se revela como la de un trabajador por cuenta ajena – llega con clientes propios que no aporta al mismo o adquiere otros durante el transcurso de la relación, no provenientes de dicho despacho. Más aun, si el abogado así contratado tiene incluso su propio despacho, pero la relación que establece con el que le contrata como autónomo es en realidad laboral, aquel hecho no obstará a que la relación sea laboral.

No obstante, alguna resolución se pronuncia en contra de esta afirmación, amparándose en lo establecido en el citado art. 10.1, según el cual los abogados prestarán sus servicios a los despachos en régimen de dedicación exclusiva únicamente con la excepción de la prestación del turno de oficio, asistencia letrada a familiares, actividades docentes, representativas o similares²⁰, de manera que, si no hay completa exclusividad en los términos del precepto indicado, no hay relación laboral.

Lugar de trabajo y medios materiales

El acudir regularmente – aunque no sea a diario – al lugar de trabajo indicado por el despacho de abogados utilizando sus medios materiales (despachos dotados de los medios necesarios, ordenadores, bases de datos de jurisprudencia, sistema informático, fotocopiadoras...) y humanos (servicios auxiliares y de secretaría) es uno de los principales indicios de la dependencia²¹. Sin embargo, si esta nota concurre en la relación de una manera atenuada o parcial, hay que relativizar su importancia pues las tecnologías de la comunicación permiten efectuar el trabajo a distancia y las

¹⁹ Declarado principio del derecho por la Sala Cuarta del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en sentencia 11 de diciembre de 1996, asunto T-177/95 (puntos 19, 23, 31 y 55), dicha máxima preceptúa que no se puede invocar el dolo propio para lograr una ventaja.

²⁰ FD 4º, STSJ Madrid (Social) rec. n. 789/2017, cit., que rechaza la existencia de relación laboral entre el despacho y el abogado por la falta de exclusividad, aun admitiendo elementos propios de la relación laboral, tales como la retribución fija y el disfrute del periodo vacacional, también retribuido. Sabedor el Tribunal de que la doctrina de suplicación discurre por la dirección contraria a la que sostiene (cita expresamente la STSJ de Cataluña rec. n. 423/2013, cit.) la descarta acudiendo al siempre socorrido argumento de que esa doctrina no constituye jurisprudencia.

²¹ FD 3º, STSJ Madrid (Social) de 11 de noviembre de 2019, rec. n. 594/2019; FD 10º, STSJ Aragón (Social) rec. n. 485/2017, cit.

particularidades de una profesión en la que el tiempo de trabajo se distribuye entre el estudio de los casos, la presencia en Tribunales y Administraciones Públicas, atención a clientes, reuniones con terceros, etc., no exigen la presencia continuada en el lugar de trabajo.

En ocasiones se exige al abogado participar en los gastos de alquiler y mantenimiento del despacho. Si concurren las notas principales de la laboralidad este hecho no la desnaturaliza; únicamente puede poner de manifiesto una especial intensidad en el comportamiento fraudulento del empresario que así actúa cuando, como en ocasiones acontece en la realidad, la remuneración del abogado ni tan siquiera alcanza la cuantía del SMI.

Sometimiento a un horario de trabajo

Es, sin duda, uno de los elementos más representativos de la dependencia que, en este ámbito, también se nos presenta en algunas sentencias con ciertos matices si lo comparamos con su relevancia en las relaciones laborales ordinarias. Como se ha indicado en el párrafo precedente, las particularidades inherentes a la profesión hacen que la ausencia del sometimiento estricto y rígido a un concreto horario de trabajo y el control sobre el mismo ejercido por la empresa no pueda entenderse, sin más, como ausencia de dependencia del abogado respecto del despacho²².

Instrucciones y directrices emanadas del empresario

Conforme al art. 6.2 del RD 1331/2006 «los titulares de los despachos deberán respetar la libertad y la independencia profesional de los abogados en el ejercicio de la profesión». Es esta también una de las singularidades propias de esta profesión que, al tiempo, justifica el carácter especial de esta relación laboral, por lo que una ausencia total de instrucciones o directrices al abogado por parte del titular o titulares no despoja, por sí sola, a la relación de su carácter laboral²³ ante la posibilidad de que ese grado de autonomía del abogado pudiera esgrimirse por el despacho como una nota que define al abogado como trabajador autónomo.

No obstante, se admite un cierto control en el trabajo de los abogados que, sin afectar a los principios de libertad e independencia profesional, estén encaminados a velar por la calidad, el prestigio y el modo y el saber hacer

²² FD 3º, STSJ Madrid (Social) rec. n. 29/2018, cit.

²³ FD 3º, STSJ Asturias (Social) de 15 de mayo de 2018, rec. n. 347/2018.

que el despacho pretende proyectar a sus clientes y al mercado en general²⁴.

4.2. Ajenidad

Carácter y determinación de la remuneración

Existen varias formas en las que los despachos retribuyen a los abogados con los que, en apariencia, mantienen una relación de colaboración profesional pudiendo señalarse, entre otras, la de la percepción de un porcentaje de la minuta que el despacho gira al cliente; la de una cantidad fija e invariable que, en no pocas ocasiones, suele estar por debajo de la cuantía del SMI a pesar de realizar jornadas iguales o superiores a la máxima legalmente establecida; o un sistema mixto que establece un mínimo mensual – también es habitual que lo sea por debajo de la cuantía del SMI – que se completa mediante unos porcentajes o/y cantidades a tanto alzado por los casos llevados.

El hecho de que la remuneración consista en una cantidad fija mensual no convierte necesariamente en laboral al nexo contractual, pues ese sistema de “igualada” puede aplicarse perfectamente también en el arrendamiento de servicios²⁵. En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de igualadas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes²⁶. Por el contrario, son manifestaciones de la ajenidad la existencia de una retribución fija y no variable, la normalidad en la remuneración, el hecho de garantizar unos ingresos mínimos, o la ausencia de participación en los beneficios de la empresa²⁷. Incluso se ha llegado a estimar la existencia de esta relación laboral especial cuando al abogado se le ha garantizado una cantidad fija mensual con independencia de los trabajos realizados amparándose en el último inciso del art. 1.2.d del RD 1331/2006: «Se exceptúan de este supuesto [se refiere a uno de los supuestos en los que no resulta de aplicación el RD 1331/2006] las relaciones en las que se garantice a los abogados por la actividad profesional concertada, periódicamente, unos ingresos mínimos»²⁸.

²⁴ FD 4, STS (Social) de 19 de mayo de 2020, RCUUD n. 4461/2017.

²⁵ STS (Social) de 19 de noviembre de 2007, RCUUD n. 5580/2005.

²⁶ STS (Social) de 22 de enero de 2001, RCUUD n. 1860/2000.

²⁷ FD 3º, STSJ Cataluña (Social) de 11 de octubre de 2019, rec. n. 3993/2019; FD 4º, STSJ Murcia (Social) de 10 de octubre de 2018, rec. n. 1140/2017.

²⁸ FD Único, STSJ Cataluña (Social) de 7 de junio de 2016, rec. n. 1889/2016; FD 3º, STSJ

Obviamente, que la remuneración en estos casos se formalice a través de facturas incluyendo la aplicación del impuesto sobre el valor añadido no afecta a la conclusión que haya de alcanzarse acerca de la naturaleza jurídica de la relación. Estas formalidades se derivan del hecho que la relación se ha revestido del ropaje propio de una relación civil o mercantil.

Decisiones sobre el mercado

La fijación de tarifas u honorarios y la selección de clientes suelen correr a cargo del propio despacho sin participación alguna por el abogado contratado como autónomo, lo que constituye una prueba clara en favor de la relación laboral entre las partes.

Si, por el contrario, el abogado contratado como autónomo es el que fija los honorarios al cliente del despacho y los recibe directamente de este no podremos hablar de una relación laboral ya que este supuesto queda expresamente excluido de la relación laboral de carácter especial por el art. 1.2.e del RD 1331/2006.

La decisión del Tribunal – y también del inspector de Trabajo y Seguridad Social o del subinspector Laboral de la Escala de Empleo y Seguridad Social al que se le haya asignado un asunto de esta naturaleza – sobre la existencia o no de la relación laboral especial vendrá dada por la ponderación de todos y cada uno de los elementos concurrentes que se han expuesto²⁹. En este sentido, y en cuanto a la nota de dependencia, ésta no se somete a automatismos o fórmulas rígidas y, desde luego, tampoco se trata de que concurren todos y cada uno de los indicios señalados para calificar la relación de laboral sino de que a su través accedamos a la conclusión de que existe la típica sumisión del trabajador a los poderes del empleador laboral³⁰, sin olvidar la presunción de laboralidad prevista en el art. 8.1 ET, precepto que materializa la “*vis atractiva*” del derecho del trabajo atribuyendo al contrato de trabajo una considerable fuerza expansiva³¹ aunque algún sector

Asturias (Social) rec. n. 347/2018, cit.

²⁹ Por el contrario, I. GUTIÉRREZ VELASCO, *Balance de situación de la contratación del abogado*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 49, p. 7, entiende que las notas que han de definir la existencia o no de la relación laboral entre el abogado y el despacho ha de venir del análisis de la organización y estructura del despacho o empresa y, en este último supuesto, la calificación de la relación como laboral dependerá de la manifestación de una dependencia económica y técnica.

³⁰ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, M. ARETA MARTÍNEZ, *La contratación laboral (especial) entre abogados: presente y perspectivas*, Aranzadi, 2006, p. 50.

³¹ Así se manifiesta el FD 6º, STS (Social) de 19 de mayo de 1986 (RJ 1986\2570): «debe destacarse que el contrato de trabajo alcanza hoy una considerable fuerza expansiva en virtud de lo que dispone el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se

doctrinal más que de presunción de laboralidad prefiere hablar de «un criterio de favor hacia la naturaleza laboral de la relación de servicios»³². Con todo, y en lo que a las relaciones entre abogados y despachos se refiere, la jurisprudencia – de la que es buen ejemplo la ya citada STS (social) de 3 de mayo de 2005 – ha dejado clara la aplicación a la relación contractual del abogado de la presunción iuris tantum de laboralidad del mencionado art. 8.1, aplicabilidad que se torna indiscutible tras el nacimiento al mundo del derecho laboral de esta relación laboral de carácter especial³³.

5. Un caso especial: la existencia de un doble vínculo en la relación entre el abogado y el despacho

En cuanto a la posibilidad de un doble vínculo (societario y laboral), en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del órgano de administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no será el contenido de las funciones sino la naturaleza de vínculo. Por ello, si existe una relación de integración orgánica en el campo de la administración de la sociedad cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes u ordinarias, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral³⁴.

En coherencia con lo anterior, cuando – por ejemplo – el abogado solo ostenta la titularidad de un cuarto del capital social de la sociedad, no es

presume existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél, lo que supone, sin duda, un dotar de especial relieve al trabajo cuando éste se presta para otro, dentro de un centro empresarial que dirige la actividad compleja del conjunto, pues al hacerlo así se está llevando a cabo una tarea judicial de subsunción, dentro de esta categoría específica contractual, de relación laboral ordinaria, a cuantos, con unas u otras características, realizan unos trabajos para otros, formando lo que algún autor denomina la realidad social articulada jurídicamente a través del contrato de trabajo».

³² Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 815.

³³ Vid. N.P. GARCÍA PIÑEIRO, *Del abogado autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 83, p. 166.

³⁴ FD 2º, STS (Social) de 26 de diciembre de 2007, RCUUD n. 1652/2006.

administrador social de la compañía, percibe una retribución fija mensual por los trabajos que realiza y está sujeto a la supervisión del órgano de administración o de quienes ostentan la titularidad empresarial, la participación societaria del abogado no sirve para excluir la naturaleza laboral de la relación, si se dan los demás requisitos que la conforman³⁵. *A fortiori*, cuando esa participación en el capital social es mínima y el abogado forma parte del órgano de administración de la sociedad como mero consejero sin funciones de dirección o gerencia siendo principal la relación laboral con el despacho prevalecerá exclusivamente esta.

Se trae a colación este tipo de situaciones porque en la práctica inspectora se han detectado casos en los que los despachos de abogados, ante la inminencia de una inspección de trabajo, han decidido vender un pequeño paquete de participaciones o acciones a abogados con los que mantenían una relación de colaboración profesional – conscientes de que con ella se encubría en realidad una relación laboral – con el propósito de eludir sus responsabilidades sobre la base de que su condición de socio en una sociedad profesional excluye la relación laboral. En este sentido, ya la Tesorería General de la Seguridad Social en nota interior³⁶ señalaba que cuando el despacho adopte la forma jurídica de sociedad mercantil y el socio no disponga del control social (DA vigesimoséptima de la anterior Ley General de la Seguridad Social; en la actual, art. 305) este queda incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por aplicación de lo dispuesto en la DA primera de la Ley 22/2005³⁷. Así pues, semejante conducta ha de quedar abocada al fracaso cuando quede acreditada la concurrencia de las notas propias de una relación laboral pues, de lo contrario, se consentiría que a través de una dolosa maniobra con fines defraudatorios el despacho de abogados que así actúa logre evitar las consecuencias que se derivan del reconocimiento de una relación laboral encubierta.

Hoy en día, cuando hay que decidir si una relación es laboral o societaria y una vez examinado el efectivo contenido obligacional para las partes en esa relación, no es admisible que se llegue a concluir que se “duda” sobre qué tipo de relación es la existente para tener que así acudir a resolverla, bien a lo que cierta jurisprudencia denomina «fuerza expansiva del contrato de

³⁵ FD 4º, STSJ Madrid (Social) de 20 de julio de 2009, rec. n. 3291/2009.

³⁶ Fechada el 19 de abril de 2006 y con referencia n. RJ-99/2006-1.2/dl.

³⁷ En la línea de que las firmas de abogados pudieran verse tentadas de convertir en socios “de paja” a sus plantillas de abogados mediante su conversión en socios con una porción ridícula de participación en la sociedad lo que quedaría vedado por la aplicación de la citada normativa de Seguridad Social sobre el encuadramiento de socios de sociedades mercantiles, *vid.* R. ESTEBAN LEGARRETA, *Una aproximación crítica al ámbito subjetivo de la futura relación laboral especial de los abogados*, en *IUSLabor*, 2006, n. 4, p. 10.

trabajo» y, por tanto, considerarla laboral o, en sentido contrario, entender que tal duda ha de resolverse aplicando la presunción de la validez y la licitud de la relación societaria sobre la base de que ha de respetarse la voluntad de la ley al crear el tipo contractual y al respeto a la voluntad de los contratantes al hacer uso de ese tipo³⁸. En la actualidad no encontraremos pronunciamientos de nuestros tribunales en los que la decisión sobre la naturaleza jurídica de la relación se decida aplicando las citadas presunciones, sino por el análisis de los hechos declarados probados y asistidos por la copiosa jurisprudencia y doctrina legal en esta materia.

6. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Conforme al art. 21.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS), la Inspección de Trabajo actúa siempre de oficio, como consecuencia:

- a. de la propia iniciativa del inspector de Trabajo y Seguridad Social, que se sujetará a criterios de eficacia y de oportunidad en función de los programas de actuación y de objetivos vigentes (art. 22.3, RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social);
- b. en el ámbito de los planes o programas de inspección. Corresponde al Consejo General del Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (lo integran representantes de la Administración General del Estado (AGE), Comunidades Autónomas (CCAA), Sindicatos y Asociaciones Empresariales más representativas) informar las propuestas de tales planes al Consejo Rector del Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (integrado por representantes de la AGE y de las CCAA) que los aprobará. Por tanto, el Plan Director (vigente hasta el fin del año 2020), el Plan Estratégico, los programas territoriales de objetivos y los convenios de colaboración suscritos con el Servicio Común (Tesorería General de la Seguridad Social) y con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (Instituto Nacional de la Seguridad Social e Instituto Social de la Marina) son los que determinan, anualmente, los ámbitos de actuaciones prioritarios del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Como ya he comentado, el problema de los falsos autónomos es

³⁸ Defendiendo la presunción del carácter societario de la relación cuando se produzcan “dudas” sobre la naturaleza jurídica societaria o laboral de la relación, *vid.* A. MONTOYA MELGAR, *Sociedades profesionales de abogados y contrato de trabajo*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n. 183, p. 216.

abordado, prácticamente, en todos estos programas, aunque de forma global y no sectorializada;

- c. por denuncia, que puede presentarse por los particulares o por los propios afectados o interesados en los registros públicos y sedes electrónicas correspondientes o bien – caso de que el interesado/particular no desee dar a conocer su identidad – a través del Buzón de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al que se accede desde su web.

En el primer caso, el denunciante recibirá la información acerca de las actuaciones inspectoras llevadas a cabo. Lógicamente, no se efectuará comunicación alguna en el segundo caso.

Así pues, una vez que al inspector de Trabajo y Seguridad Social o subinspector Laboral de la Escala de Empleo y Seguridad Social se le asigna una orden de servicio relativa a un falso autónomo procederá al inicio de la actuación, normalmente, visitando el centro o centros de trabajo en los que estos trabajadores prestan sus servicios quedando obligado el titular o titulares del despacho y los que allí presten sus servicios a atender debidamente a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social y a los subinspectores Laborales; a acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo y a declarar ante el funcionario actuante sobre cuestiones que afecten a las comprobaciones inspectoras, así como a facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones (art. 18.1 LOITSS).

Además, los funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (con el carácter de autoridad pública los inspectores, y de agentes de la autoridad los subinspectores según respectivamente, los arts. 13 y 14.4 LOITSS), están autorizados para (art. 13 LOITSS):

- entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo y a permanecer en el mismo, debiendo identificarse documentalmente y comunicar su presencia al empresario o a su representante, a menos que consideren que dicha identificación y comunicación puedan perjudicar el éxito de sus funciones;
- practicar cualquier diligencia de investigación, examen, reconstrucción o prueba que consideren requiriendo información, sólo o ante testigos, al empresario o al personal de la empresa; exigiendo la comparecencia del empresario o de sus representantes y encargados, de los trabajadores, en el centro inspeccionado o en las oficinas públicas designadas por el actuante o examinando en el centro o lugar de trabajo todo tipo de documentación con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social, tales como: libros, registros, incluidos los programas informáticos y archivos en soporte magnético,

declaraciones oficiales y contabilidad; documentos justificativos de retribuciones y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a inspección;

- adoptar las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas a su fin, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación mencionada, siempre que no cause perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o implique violación de derechos.

Impedir a los funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo el uso de las facultades indicadas constituye obstrucción a la labor inspectora sancionable. En tal situación, las actuaciones inspectoras proseguirán hasta que estas se puedan desarrollar plenamente, contando, si fuera necesario, con el auxilio de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (art. 16.7 LOITSS).

Si la conclusión de las actuaciones comprobatorias previas es que la relación entre los abogados y el despacho individual o colectivo es de carácter laboral bajo la apariencia de un contrato de arrendamiento de servicios o colaboración profesional, se deberá proceder, preceptivamente, a comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el alta de oficio del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, a extender acta de infracción por falta de afiliación o/y alta en dicho Régimen – dado el perjuicio directo que se ocasiona al trabajador – coordinada con acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por falta de cotización en el mismo³⁹ referido, todo ello, al periodo en el que el trabajador ha prestado sus servicios por cuenta ajena y con el límite de los cuatro años anteriores a la fecha de inicio de la actuación inspectora. Sobre ambas han de hacerse algunas precisiones de interés.

³⁹ Obligatorias ambas a la luz del art. 22.1 LOITSS, así como, en su aplicación, se impone en la Instrucción 8/2009 (séptima) dictada por la entonces Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (DGITSS) en la campaña sobre trabajadores falsamente autónomos y en la Instrucción 3/2013 (quinta) de la DGITSS sobre actuaciones preventivas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de trabajo no declarado. Asimismo, en la Consulta de 20 de junio de 2014 de la DGITSS sobre criterios de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante falta de alta y cotización. La infracción se considera grave según el art. 22.2 LISOS, pudiendo quedar la sanción comprendida entre los 3.126 y los 10.000 euros por cada trabajador afectado, sin perjuicio de que se incremente la cuantía en función del número de trabajadores afectados según la escala establecida en el art. 40.1.e de dicha Ley.

6.1. Acta de infracción

Todos los hechos constatados en la actuación inspectora que determinan que la relación es laboral han de quedar pormenorizadamente incorporados al acta de infracción y ajustarse a los demás requisitos establecidos legalmente, en cuyo caso aquellos gozarán de presunción de certeza, destruible por prueba en contrario del sujeto infractor⁴⁰.

En estos supuestos resulta particularmente importante plasmar en el acta todas las comprobaciones relevantes realizadas en el acto de la visita al centro de trabajo, las declaraciones de los trabajadores afectados y de terceros relacionados que hayan sido efectuadas al funcionario actuante, así como la referencia detallada de los documentos examinados que apoyen la conclusión alcanzada en el conjunto de la actuación inspectora. Piénsese que la jurisprudencia⁴¹ viene admitiendo la presunción de certeza de las afirmaciones del inspector o subinspector cuando asevera haber visto un documento con un determinado contenido, o que una determinada persona le hizo unas concretas manifestaciones⁴².

Si, además, se constatase que el abogado no ha recibido retribución económica alguna o esta es inferior al SMI a pesar de prestar sus servicios para el despacho en condiciones propias de una relación laboral (sobre la

⁴⁰ Art. 23 LOITSS, art. 51.2 LISOS y art. 15 del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

⁴¹ Por todas, *vid.* FD 2º, STS (Contencioso-administrativo) de 28 de febrero de 2012, rec. de casación n. 1616/2010, recogiendo la inveterada y copiosa jurisprudencia acerca del alcance de la presunción de certeza de la que gozan las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la «presunción de certeza alcanza únicamente a los hechos comprobados por el Inspector actuante y reflejados en el acta, bien porque al constituir una realidad objetiva fueron susceptibles de percepción directa por aquél en la visita girada, o bien por haber sido comprobados por el Inspector documentalmente, o a través de testimonios o de otras pruebas válidamente obtenidas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellos en el acta levantada. Por tanto, la presunción es destruible por prueba en contrario, que alcanza a los hechos constatados por el Inspector y reflejados en el acta, pero no a opiniones, valoraciones o calificaciones jurídicas, extendiéndose también el control jurisdiccional a los medios empleados por aquél para llegar a las afirmaciones contenidas en el acta (STS 6 de mayo de 1993 y 8 de mayo de 2000). En definitiva, la Inspección se halla autorizada para reflejar en las actas no sólo los hechos directamente constatados en aprehensión directa de los mismos, sino también aquellos datos o circunstancias obtenidas de forma indirecta, a través de otros medios, en cuanto se consignen o precisen los medios de prueba manejados permitiendo el examen a posteriori sobre el acierto o no de la conclusión extraída por la Inspección».

⁴² *Vid.* R.A. LÓPEZ PARADA, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Jurisdicción Social*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 3, p. 11.

base de que el despacho considera que la experiencia que el abogado – normalmente, recién graduado – adquirirá con el trabajo que se le facilita constituye una adecuada retribución por cuanto que le permitirá engrosar y mejorar su “curriculum” de cara a futuras oportunidades laborales), procedería levantar acta de infracción muy grave por impago del salario debido por el trabajo realizado por cuenta ajena. En dicha acta habrán de consignarse los perjuicios económicos concretos – el importe del salario impagado incluyendo los criterios seguidos para su determinación – que se causan al trabajador o trabajadores afectados (art. 14.3, RD 928/1998), debiendo el inspector de Trabajo y Seguridad Social que ha extendido dicha acta proponer a su superior jerárquico la formulación de demanda de oficio ante la jurisdicción social (art. 22.14 LOITSS) lo que dará lugar a la tramitación del correspondiente procedimiento de oficio ante la jurisdicción social regulado en los arts. 148-150 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

6.2. Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social

El aspecto mas relevante sería el concerniente a la determinación de las bases de cotización a atribuir al trabajador o trabajadores afectados en el periodo objeto de liquidación en cuanto que las mismas formarán parte del cálculo que establezca el importe de las prestaciones económicas de Seguridad Social que puedan generarse en el futuro.

Dichas bases mensuales serán equivalentes a las cantidades económicas brutas efectivamente percibidas o devengadas – de ser estas superiores – por el afectado sin que, en ningún caso, pueda ser inferior a la cuantía de la base mínima del grupo 1 de cotización (en este grupo quedan incluidos los licenciados y graduados) vigente en cada momento. Si se desconocen esas retribuciones o las mismas no se han producido, se estimará como base de cotización la media entre la base mínima y la máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviese encuadrada la categoría del abogado afectado. Si se tratase de su primer empleo y no fuese aplicable esta última regla, la base de cotización sería la mínima del grupo 1⁴³.

Contra las actas levantadas el sujeto infractor puede presentar escrito de alegaciones en el plazo de los quince días hábiles contados desde el siguiente al de la notificación de aquellas. Dado que, de presentarse estas alegaciones,

⁴³ Art. 35.2 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y art. 32.2 del RD 928/1998.

versaran, en la mayoría de los casos, sobre la impugnación misma de la existencia de relación laboral, la autoridad laboral podrá iniciar procedimiento de oficio ante la jurisdicción social, mediante la oportuna demanda de oficio, cuando tales actas «haya[n] sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora» (art. 148.d, Ley 36/2011). Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada⁴⁴. A este respecto, algunas resoluciones judiciales asumen plenamente este precepto calificando a las actas de infracción como medio de prueba cualificado⁴⁵, pero lo cierto es que dichas afirmaciones ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas ni pueden impedir que el órgano judicial forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de las pruebas practicadas⁴⁶. Es decir, la actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos.

Así las cosas, aquellas actuaciones iniciadas de oficio por parte de la Inspección de Trabajo en relación con la situación de los falsos autónomos – sin mediar, por tanto, reclamación de los afectados – en no pocas ocasiones son anuladas cuando los trabajadores no ratifican en sede judicial lo que afirmaron al funcionario actuante pues algunos órganos judiciales soslayan – cuando no minusvaloran – las actuaciones inspectoras amparados en la facultad de alcanzar su convicción y fallo por la valoración que hacen del conjunto de la prueba⁴⁷.

⁴⁴ Art. 150.2.d de la Ley 36/2011. En los procedimientos de impugnación de actos administrativos v en materia laboral y de Seguridad Social (excluidos los prestacionales) el párrafo segundo del art. 151.8 de dicha Ley dice: «Los hechos constatados por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados».

⁴⁵ FD 3º, STSJ (Social) Andalucía/Granada rec. n. 1146/2017, cit.

⁴⁶ STC 76/1990, FJ 8º; STC 14/1997, FJ 7º; STC 35/2006, FJ 6º; STC 82/2009, FJ 4º.

⁴⁷ FD 2º, STS (Contencioso-administrativo) de 24 de junio de 1991, rec. n. 1921/1989; FD 3º, STS (Contencioso-administrativo) de 20 de enero de 1997, rec. n. 1806/1991; FD 3º, STS (Contencioso-administrativo) de 21 de marzo de 1997, rec. n. 449/1991; FD 3º, STS (Contencioso-administrativo) de 20 de junio de 1997, rec. n. 9859/1990, entre otras.

7. Efectos derivados de la actuación inspectora en relación con la situación de Seguridad Social: el alta del abogado en el Régimen General de la Seguridad Social

Los efectos del alta en el Régimen General se retrotraerán a la fecha en la que se haya efectuado la actuación inspectora si bien, en el caso de que se haya extendido acta de liquidación de cuotas, los efectos se retrotraerán, para causar futuras prestaciones, a la fecha de inicio del periodo de liquidación figurado en el acta, siempre que se hubiere efectuado el ingreso de su importe⁴⁸.

Por otra parte, las altas de oficio en el Régimen General realizadas por la Tesorería General de la Seguridad Social a instancias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando esta detecta el encuadramiento irregular de trabajadores en el RETA por tratarse de “falsos autónomos” solían provocar la solicitud de baja por el periodo objeto del alta de oficio por parte de las empresas o de los propios trabajadores. Para evitar esta distorsión en el procedimiento se operó la pertinente reforma reglamentaria⁴⁹ de forma que es preceptivo el informe de la Inspección de Trabajo cuando se pretenda por el interesado la baja con posterioridad al periodo del alta de oficio y, respecto al propio periodo de alta de oficio, las solicitudes de baja o variaciones de datos solicitadas por los interesados no producirán efectos ni extinguirán la obligación de cotizar hasta la finalización del procedimiento sancionador y liquidatorio.

8. Valoraciones finales

Es momento de que la CEAJ, a través del CGAE, haga llegar al Ministerio de Trabajo y Economía Social la conveniencia de incluir en los programas de actuación de la Inspección de Trabajo un plan específico a nivel estatal

⁴⁸ Art. 35.1.2 del RD 84/1996 de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social en la interpretación que hacen las Consultas de 12 de junio de 2012 (n. 14-2012) y de 30 de enero de 2006 (n. 54-2006) de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social.

⁴⁹ RD 997/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero. Se modificó el art. 31.3 y se añadió el apartado 7 al art. 35.

de lucha contra los falsos autónomos en el sector de la abogacía.

Aun así, entiendo que los propios Colegios de Abogados podrían contribuir a combatir esta práctica a tenor de lo previsto en el art. 25 EGAE: «Los Colegios de Abogados podrán exigir la presentación de los contratos de colaboración y de trabajo a fin de verificar que se ajustan a lo establecido en este Estatuto General. En las actuaciones que realice el colaborador en régimen especial o en régimen de derecho laboral, por sustitución o por delegación del despacho con el que colabore, deberá hacer constar en nombre y por cuenta de quien actúa».

El acceso, tratamiento y análisis de semejante información por parte de los órganos competentes de los Colegios de Abogados podría suponer una forma de detección de abogados que prestan servicios en despachos individuales o colectivos como falsos autónomos.

En esta misma dirección, iniciativas como la de instaurar un sello de calidad que acredite y certifique a los despachos que promuevan las buenas prácticas laborales solicitándoles compromisos y documentos que acrediten que el despacho asume los costes laborales del abogado joven que se incorpora como empleado del mismo o la de conceder certificado de calidad a las ofertas de la bolsa de trabajo de los Colegios que cumplan varios requisitos (retribución mínima, jornada de 40 horas, formación a cargo de la empresa, proyección profesional) contribuirían a prevenir eficazmente estas prácticas y, a buen seguro, reducir su incidencia en el sector⁵⁰.

Según el EGAE, los Colegios de Abogados son corporaciones de derecho público (art. 2.1) que cuentan entre sus fines esenciales el de la defensa del Estado social y democrático de derecho y la de los derechos e intereses profesionales de todos los colegiados (art. 3.1) estando legitimados para ser parte en cuantas causas afecten a los derechos e intereses profesionales y ejercer las acciones administrativas procedentes (art. 4.1.a), siendo una de sus funciones la de evitar la competencia desleal entre los colegiados (art. 4.1.j). Por todo ello, el conocimiento que pudieran tener los Colegios de Abogados de las prácticas fraudulentas de las que hablamos deberían determinar, en su caso, la comunicación de tales hechos a la correspondiente Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social o a la propia Dirección General del Organismo Autónomo.

Los valores y principios que inspiran y fundamentan esta profesión obligan encarecidamente a sus instituciones representativas a emprender con

⁵⁰ Propuestas de la Agrupación de Jóvenes Abogados de Madrid y del Grupo de la Abogacía Joven del Colegio de Abogados de Barcelona, respectivamente, recogidas por P. ESTEBAN, *Los 'riders' de la abogacía: 60 horas por 500 euros*, en cincodias.elpais.com, 5 octubre 2020.

urgencia cuantas acciones y medidas sean precisas para procurar que los abogados que trabajan por cuenta ajena desempeñen su profesión disfrutando de los derechos reconocidos por la normativa laboral y acabar con conductas minoritarias que, padecidas mayoritariamente por los jóvenes graduados, empañan el merecido prestigio de la abogacía española.

9. Bibliografía

CALVO VÉRGEZ J., *La problemática de los llamados falsos autónomos en el mercado laboral español*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2020, n. 8

DE LA PUEBLA PINILLA A., *La nueva relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos individuales o colectivos*, en *Relaciones Laborales*, 2006, n. 4, pp. 851-870

ESTEBAN LEGARRETA R., *Una aproximación crítica al ámbito subjetivo de la futura relación laboral especial de los abogados*, en *IUSLabor*, 2006, n. 4

ESTEBAN P., [Los 'riders' de la abogacía: 60 horas por 500 euros](#), en [cincodias.elpais.com](#), 5 octubre 2020

GARCÍA PIÑEIRO N.P., *Del abogado autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 83, pp. 151-178

GONZÁLEZ ORTEGA S., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990

GUTIÉRREZ VELASCO I., *Balance de situación de la contratación del abogado*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 49

LÓPEZ PARADA R.A., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Jurisdicción Social*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 3

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Informe sobre el estado de ejecución del Plan Director 2018-2020*, 2020

MONTOYA MELGAR A., *Sociedades profesionales de abogados y contrato de trabajo*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n. 183, pp. 201-222

RODRIGUEZ-PIÑERO M., *La Relación Laboral de los Abogados que prestan Servicios en Despachos*, en *Relaciones Laborales*, 2007, n. 37, pp. 1-17

SEMPERE NAVARRO A.V., ARETA MARTÍNEZ M., *La contratación laboral (especial) entre abogados: presente y perspectivas*, Aranzadi, 2006

TODOLÍ SIGNES A., *El ámbito subjetivo de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: la nueva ley California (ABS)*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 66

UBIETO G., [La Seguridad Social deja de ingresar casi 600 millones de euros por los falsos autónomos](#), en www.elperiodico.com, 28 agosto 2018

La no discriminación por motivos raciales o de origen étnico en la normativa española derivada de la adoptada por la Unión Europea

Ferran CAMAS RODA*

RESUMEN: Este artículo aborda el estudio del principio antidiscriminatorio por raza u origen étnico conforme a la regulación llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El estudio de esta Ley se lleva a cabo comparando la regulación española con una de las Directivas que transpone, en particular la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. De hecho, también se analizan algunos problemas en la aplicación de esta Directiva en el ámbito europeo.

Palabras clave: Discriminación, raza u origen étnico, empleo, discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación por asociación, igualdad de trato.

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Sobre el concepto de raza u origen étnico en el marco de la normativa europea y española. 3. Tipos de discriminación por motivos raciales o de origen étnico. 4. Ámbitos de aplicación de las medidas antidiscriminatorias contenidas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. 5. La protección de derechos frente a la discriminación racial y su promoción. 6. A modo de coda. 7. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía, Universitat de Girona (España).

Non-Discrimination on Grounds of Racial or Ethnic Origin in the Spanish Law Deriving from European Union Law

ABSTRACT: This contribution deals with the study of the anti-discrimination principle on the grounds of racial or ethnic origin, in accordance with the Spanish Act No. 62/2003, of 30 December, on fiscal, administrative and social order measures. This study is carried out by comparing the Spanish Act with one of the Directives that it transposes, in particular Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. Actually, some problems in the implementation of this Directive at the European level are also analysed in this work.

Key Words: Discrimination, race or ethnic origin, job, direct discrimination, indirect discrimination, discrimination by association, equal treatment.

1. Presentación

La funesta utilización de la raza en la cultura política del mundo occidental durante el primer tercio del s. XX como factor de diferenciación entre los seres humanos, alcanzó su paroxismo con el nazismo alemán y sus terribles consecuencias desde su ocupación del poder en 1933 hasta su destrucción con el fin de la Segunda Guerra Mundial.

En este marco, no me resisto a traer a colación algunas de las consideraciones que el gran escritor europeo, Stefan Zweig (1881-1942), realizó en su libro *Brasil. País do futuro* (1941), cuando estaba exiliado en ese país ante la persecución que sufrió por parte los nazis por su procedencia judía. Ya en el prefacio de su libro, Zweig se hace la pregunta de como puede conseguirse en nuestro mundo una convivencia pacífica de los hombres a pesar de las más decididas diferencias de raza, clase, color, religión o convicciones, y así contrariar la locura racista que se vivía en Europa que de ninguna manera admitía esa posibilidad. El referente para su respuesta es Brasil, donde según el escritor en la calle y en los mercados se reconocen las razas más diversas que constituyen la población, cuya composición abarca los descendientes de los portugueses que colonizaron el país, la población aborigen india, los millones de negros que en tiempos de la esclavitud fueron traídos de África, y junto a todos ellos, los millones de italianos, alemanes e incluso japoneses que llegaron como colonos. Con esta constatación, Zweig afirma que «de acuerdo con la posición europea, habría que suponer que esos grupos se enfrentan mutuamente con hostilidad, los primeros en llegar contra los recién venidos, los blancos contra los negros, americanos contra europeos, morenos contra amarillos; habría que suponer que mayorías y minorías se hallan en lucha permanente por sus derechos y privilegios. Y asombradísimo, se observa que todas esas razas, visiblemente diferenciadas por el color, viven en la más acabada armonía y que, a pesar de su origen individual, sólo compiten en la ambición de despojarse de las peculiaridades primitivas para convertirse cuánto antes y lo más perfectamente posible en brasileños, en una nueva y uniforme nación. Brasil – y el significado de este experimento magnífico me parece ejemplar – llevó el problema racial, que trastorna nuestro mundo europeo, del modo más simple *ad absurdum*: ignorando sencillamente su pretendida validez». Zweig remata su admiración por esa sociedad diciendo que «mientras que en nuestro mundo viejo predomina más que nunca la idea absurda de querer criar hombres “racialmente puros”, como caballos y perros de raza, la nación brasileña descansa desde hace siglos exclusivamente sobre el principio de la mezcla libre y sin trabas, de la

igualdad absoluta de negros y blancos, morenos y amarillos»¹.

El racismo de aquel mundo dejó expulsó a Stefan Zweig de su país y quemó en hogueras sus libros – por ser judío, y pienso también por el humanismo que plasmó en sus obras –, dejó una trágica y eterna mácula en la humanidad con el Holocausto, y enfrentó con una violencia inusitada a los seres humanos entre sí, desde Europa hasta Asia y el Océano Pacífico (donde se enfrentaron entre sí razas diferentes). Esos horribles efectos fueron determinantes para que los textos normativos internacionales que siguieron al fin de las hostilidades, en el intento de dejar atrás el “viejo mundo” expresado por Zweig, que tanto daño causó al ser humano, por otro nuevo en el que fuese posible esa igualdad entre personas de raza o color de piel diferentes que tanto deseó ver y no pudo hacerlo en su amada Europa.

Primero en 1945, con la Carta de Naciones Unidas, cuyo art. 45 le atribuye la promoción del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, «sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma y religión», y posteriormente en 1948 con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* proclamada por la Asamblea de Naciones Unidas, al que le siguió el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950* del Consejo de Europa, se pasó a asumir el reconocimiento de dichos derechos a toda persona sin distinción alguna de raza, color u origen nacional entre otras razones. Focalizando el tema de la raza en el ámbito del empleo, necesario es citar la labor de la Organización Internacional del Trabajo al adoptar en 1958 el *Convenio n. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, de 1958, cuyo tratamiento sobre la eliminación de cualquier acto discriminatorio entre otros motivos, por raza o color, influyó de forma importante a su vez en la regulación contenida en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada por Naciones Unidas en 1965, y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* así como el de *Derechos Económicos Sociales y Culturales*, ambos de 1966, de la misma entidad internacional.

En el ámbito de la organización Unión Europea (en adelante UE), cabe traer a colación el *Tratado de Maastrich* de 1992, cuyo art. 6 proclamó el respeto de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos* de 1950, atrayendo hacia sí lo previsto en materia de prohibición de no discriminación por motivos de raza tal y como hemos visto anteriormente. En todo caso, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* del año 2000, pasa a incluir expresamente en su art. 21.1 la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de «sexo, raza, color, orígenes étnicos

¹ S. ZWEIG, *Brasil. País de futuro*, Capitán Swing, 2012, pp. 31-33.

o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Como expresó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de julio de 2015 (Asunto C-83/14, *Chez c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*), la Directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que pasará a tratarse posteriormente, es la expresión concreta, en sus ámbitos materiales, del principio de no discriminación por razón de raza o de origen étnico reconocido por el artículo 21 de la Carta (fundamento 72).

Respecto a cuestiones competenciales en el tratamiento del principio antidiscriminatorio, la primera mención explícita a la cuestión racial vino con el *Tratado de Amsterdam*, firmado en 1997, que reformó el entonces denominado como Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, y atribuyó a uno de sus órganos, el Consejo europeo, la competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico (atribución competencial que aparece posteriormente en el actual art. 19 del ya conocido como *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE*). Posteriormente, el *Tratado de Lisboa* de 2007, reformador también de los Tratados fundacionales, incorporó al *TFUE* su art. 10 la regulación conforme a la cual, «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Precepto que merece ser subrayado por cuanto su aplicación es de alcance general y horizontal, con efectos también respecto a las relaciones entre los ciudadanos, adquirió el máximo rango jurídico al venir postulado en la normativa originaria de la UE.

Con estas bases jurídicas fundacionales, la UE adoptó la *Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*. Realizar una acción normativa focalizada en cuestiones raciales o étnicas mostró la importancia de estos ámbitos el marco jurídico europeo, como se ha dicho, otorgando una posición específica (no en términos jerárquicos) pero sí con personalidad propia, en el ámbito de las motivaciones de discriminación prohibidas. Conforme a su art. 1, su objetivo básico establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato. En consecuencia, por un lado, la Directiva 2000/43 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato de las

personas independientemente de su origen racial o étnico, en todo caso principio general del Derecho de la Unión, sino que solo tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico²; en todo caso, el alcance de la Directiva va más allá del previsto en otra Directiva, la núm. 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, que únicamente se centra en el ámbito del empleo. De hecho, en 2008 la Comisión realizó una propuesta de Directiva para la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual más allá de aquel cambio de la ocupación, cuya adopción aún no se ha materializado. A mi parecer, sería conveniente homogeneizar los campos de aplicación de la normativa europea en materia antidiscriminatoria en materia de sexo, raza u orígenes étnicos, y el resto que actualmente están agrupados en la Directiva 2000/78, a los efectos de garantizar de forma efectiva la aplicación del principio de no discriminación.

La transposición al ordenamiento español de la Directiva 2000/43 se hizo a través de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*. Esta ley no solo asumió los principios de aquella, sino también de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000*, cuyo fin es establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

Como se observa, se trata de una ley que acogió el régimen de no discriminación por motivos raciales y étnicos no de forma específica, como al menos lo hace la Directiva 2000/43 que transponía, sino que, en forma de norma contenedor, incorporaba contenidos de matriz diversa además de los previstos en las dos directivas mencionadas. Un primer efecto ha sido la falta de dotación de una norma específica en materia de igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico, o al menos de una específica ley de igualdad y no discriminación cualquiera que fuese su motivación, lo cual, como dice Casas Baamonde, «hubiera sido una opción de política legislativa mucho más efectiva, y al tiempo más adecuada para cumplir un papel pedagógico y de transmisión del conocimiento de un Derecho difícil por su abstracción conceptual, pero de gran significación

² M.E. CASAS BAAMONDE, *Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000)*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2019.

jurídico-constitucional y social»³.

En consecuencia, se aprueba una ley, la núm. 62/2003, que en materia de no discriminación por razones de raza u origen étnico modifica a su vez otras de importancia, como la Ley del Estatuto de los Trabajadores, pero que tampoco agota las posibilidades que la lucha antidiscriminatoria por dichos motivos, al margen naturalmente de la protección del principio de igualdad y no discriminación garantizado por el art. 14 de la Constitución española. Un ejemplo de ello es la legislación educativa (véase la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que reforma la LO 2/2006 de Educación) que también introduce importantes referencias en relación al principio de igualdad y no discriminación, también por aquellos motivos como al efecto se verá posteriormente, en especial para la comunidad gitana.

2. Sobre el concepto de raza u origen étnico en el marco de la normativa europea y española

El Capítulo III de la Ley 62/2003, relativo a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, se inicia avanzando que, en lo que a este trabajo interesa, su objeto es establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, «en particular por razón de origen racial o étnico», pero al igual que hace la Directiva 2000/43 de donde trae su origen esta referencia, ni una norma ni otra definen el término «origen racial o étnico». Tampoco lo hacen los principales textos internacionales que ha ratificado España que hacen referencia directa a la prohibición de discriminaciones por razón de raza como son la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965*, que en todo caso si define de forma global y concreta lo que es discriminación racial⁴, imponiendo la eliminación de toda distinción, exclusión o restricción en cualesquiera ámbitos o esferas, si está basada en motivos de «raza, color, linaje u origen nacional o étnico»⁵. Se trata de 5 nociones, la de raza, el color, el linaje u el

³ *Ibidem*, p. 333.

⁴ M. FUGAZZA, *La discrimination raciale: théories, faits, stratégies*, en *Revue Internationale du Travail*, 2003, n. 4, p. 584.

⁵ Para un estudio de este precepto y de la Convención, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986, p. 102 ss. Los autores expresan la incorrección en la versión española ya que en esta se habla de “motivos de”, cuando en las otras versiones no se incluye esa noción, sino toda diferenciación “basada” en la raza, color, etc.

origen nacional o étnico, cuya protección a efectos discriminatorios basados en ellas, queda unificada por la Convención de 1965 en su objetivo de eliminar la discriminación racial en todas sus formas.

En la búsqueda de los criterios que delimitan la noción de raza, es de interés traer a colación el informe que se elevó en la Conferencia Internacional del Trabajo en 1996 en relación al *Convenio n. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958*, que la OIT había adoptado unos 40 años antes como al efecto se ha hecho referencia anteriormente. Dicho Convenio, a la hora de definir lo que se entiende por discriminación (prohibida), lo hace definiéndola como la amparada en «motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social». En concreto, por lo que hace a la noción de raza, en dicho informe se recogieron los debates sobre su alcance, y se expresó que con tal término se vendría a hacer referencia al grupo étnico al cual un individuo está unido por herencia⁶ (esta referencia a la “herencia” recuerda efectivamente a las políticas y leyes racistas aprobadas por los nazis el siglo pasado, conforme a las cuales para acreditar que se era puro racialmente hablando, es decir se forma parte de la raza aria, se tenía que acreditar la falta de ascendencia judía); se añadía en el informe que históricamente la atribución de la noción de raza ha estado ligada al color de la piel, aunque esta faceta no representa más que una de las características étnicas que pueda tener una persona, aunque sea la más aparente, si bien, esta faceta se encuentra a menudo asociada al criterio de raza en las disposiciones constitucionales o legislativas que algunos países adoptan para prohibir la discriminación⁷. En todo caso, la Conferencia advertía que a menudo el término raza es empleado de forma abusiva para referirse a comunidades lingüísticas o a grupos minoritarios donde la identidad está fundada sobre una pertenencia religiosa o cultural, o incluso de ascendencia nacional⁸, que podría estar cubiertas por otros factores de discriminación prohibidos.

Es de interés ver que en el Convenio de 1958 prevé un motivo de discriminación como es el de la ascendencia nacional (que según la Conferencia ceñía, más que a la distinción entre ciudadanos de un país y los de otra nacionalidad, a los ciudadanos de un mismo país en función de su lugar de nacimiento o de origen extranjero)⁹, mientras que la Convención

⁶ OIT, *Égalité dans l'emploi et la profession*, Conférence Internationale du Travail, 83^a Session 1996, p. 14.

⁷ *Idem*.

⁸ OIT, *La igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación en relación con el Convenio núm. 111*, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83^a reunión, 1996, §§ 30-31.

⁹ OIT, *Égalité dans l'emploi et la profession*, cit., p. 15.

de Naciones Unidas de 1965 incluye dentro de las formas de discriminación racial, la producida por el origen nacional o étnico.

Se ha de partir de la base que conforme a Directiva 2000/43 son distintos el indicador racial de un lado, y el nacional de otro. De hecho, en la propia Directiva 2000/43 sobre prohibición de discriminación por motivos raciales o étnicos se advierte en su art. 3.2 que dicha normativa «no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas». Es decir, por una parte, la Directiva deja fuera de su ámbito de cobertura la discriminación por nacionalidad, con lo cual dicha norma europea no se aplica a las diferencias de trato por ese factor entre personas con ciudadanía de la UE y nacionales de terceros países. A mi modo de ver, esta exclusión limita en gran medida la persecución de actitudes discriminatorias respecto de extranjeros extracomunitarios, y por tanto el reconocimiento de sus derechos en ámbitos diversos, como el del empleo, lo cual debería llevar a replantear esta cláusula de la normativa europea.

Por otra parte, el art. 3.2 deja salvaguarda las disposiciones que cada Estado miembro tenga adoptadas sobre la entrada y permanencia de los extranjeros extracomunitarios, así como en relación a «cualquier tratamiento» relativo a la situación jurídica de los extranjeros (se ha de afirmar que, en aras al respeto de la normativa que regule las situaciones jurídicas de los nacionales de terceros países, el art. 3.2 de la Directiva utiliza una noción ciertamente amplia, la de «cualquier tratamiento», cosa que sorprende al compararla con lo que dice la exposición de motivos en este punto, en la que solo se expresa que la norma europea se aplicará sin perjuicio de las disposiciones sobre «acceso al empleo y al ejercicio profesional»). Dicho esto, también debe afirmarse que la Directiva 2000/43 no se autoexcluye respecto de las personas migrantes extracomunitarias, de hecho, en su propia exposición de motivos reconoce que la prohibición de discriminación «se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países». Es más, pienso que esa prohibición vale tanto para extranjeros residentes como para extranjeros en situación irregular, ya que son las personas, como seres humanos al margen de su raza, quienes son sujetos titulares de la prohibición prevista en la Directiva. Lo que pretende la Directiva es respetar lo que cada Estado miembro pueda establecer respecto del estatuto jurídico de dichos extranjeros extracomunitarios, ya sea como residentes o también como migrantes en situación irregular, y el tratamiento de las situaciones jurídicas correspondientes (como podrían ser su acceso al empleo, a la protección

social o a la educación), pero respetando ese régimen, y en particular los límites que se impongan para el acceso a derechos en función o no de la regularidad o no de la situación del extranjero, las medidas adoptadas por la Directiva 2000/43 se sumarían a ese tratamiento en la prohibición de discriminación por motivos de raza. En todo caso, en España, el art. 23 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* regula el régimen de actos discriminatorios, entre otras motivaciones, por raza, de los extranjeros que caen bajo su régimen de aplicación, los nacionales de terceros países a la UE.

En todo caso, la distinción entre la cuestión nacional a efectos discriminatorios, por un lado, y la cuestión racial por otro, no implica que aquella pueda ser un factor que active la visibilización de una actitud discriminatoria por razones raciales. Cuando ambos indicadores se han vinculado, los efectos han resultado conflictivos. Vale la pena traer a colación el asunto acontecido al cambiar este siglo en España, cuando en un control policial en un espacio público para detectar inmigrantes irregulares, se pidió en exclusiva a una mujer de piel negra, de origen estadounidense pero nacionalizada española, que mostrara su documentación, actuación que llevó al inicio de procesos judiciales que llegaron al Tribunal Constitucional (TC) y posteriormente a que se pronunciará el Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas. En su sentencia de 29 de enero de 2001, el TC justificó la actuación policial porque «aplicó el criterio racial simplemente como indicativo de una mayor probabilidad de que el interesado no fuera español», y porque «lo que podría haber sido discriminatorio habría sido el uso de un criterio [en este caso racial] sin relación con la identificación de las personas para quienes la ley estipula esta medida administrativa, en este caso ciudadanos extranjeros».

Con posterioridad a dicha resolución, el CDH puso en tela de juicio la doctrina establecida en la sentencia mencionada. En su fallo o dictamen del 2009, el CDH parte de la base de la legitimidad de efectuar controles contra la inmigración irregular, pero lo que no acepta es que aquellos se hagan en razón de las características «físicas o étnicas» de una persona, presumiendo que las mismas pueden llegar a constituir un “indicio” de la posible situación irregular de una persona en el país en cuestión; o dicho de otra forma, el Comité no acepta que las personas de esas características físicas o étnicas sean señaladas como posibles vulneradoras de la normativa sobre entrada y permanencia regular en el país, ya que lo contrario, como añade el Comité, «no sólo afectaría negativamente la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una

política efectiva de lucha contra la discriminación racial»¹⁰.

Con la opinión del CDH se pone de manifiesto que el uso de un criterio racial (en el caso, el color de la piel de una persona), no puede ser un indicador de la posesión de una nacionalidad u origen nacional específico, ahora bien la amalgama de motivación racial estricta como el color de la piel o los rasgos físicos con la noción de nacionalidad, generalmente con el fin de atribuir a una persona con rasgos raciales diferentes al mayoritario de un estatuto nacional extranjero, que conlleve una diferencia peyorativa de trato o una estigmatización del grupo racial al que pertenezca esta persona, si debe ser considerado como una actitud discriminatoria de carácter racial.

Si la distinción entre raza y origen nacional es visible, la noción de raza se ha integrado con la correspondiente a origen étnico. La atribución por la Constitución española en el art. 14 del principio anti-discriminatorio en función de la raza supuso que esta noción adquiriera un sentido genérico y elástico¹¹, cuyo desarrollo doctrinal y judicial en el ámbito internacional no ha hecho más que respaldar, justamente permitiendo la absorción dentro del marco de la raza, del concepto de origen étnico. Como al efecto resolvió la Corte Europea de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de diciembre de 2005 (Timichev-Rusia, casos 555762/00 y 55974/00)¹², en cuyo párrafo 55, se dice, en traducción al español en el comentario que la Pr. Fernández López hace de esta resolución, que «el origen étnico o la raza son nociones vinculadas, secantes. Si la noción de raza encuentra su origen en la idea de una clasificación biológica entre seres humanos en subespecies según sus particularidades morfológicas (color de la piel, rasgos del rostro), el origen étnico se funda sobre la idea de grupos sociales que tienen en común una nacionalidad, una pertenencia tribal, una religión, una lengua, orígenes y medios culturales tradicionales», de forma que la discriminación fundada en un origen étnico es una discriminación racial¹³.

Como dice la Pr. Fernández López, la raza o etnia, más que un concepto estable sería una categoría, que agruparía a los sujetos por razón de su comunidad de origen, real o imaginaria, con lo que el concepto se acaba disolviendo en las convicciones sociales en un momento dado, y por tanto

¹⁰ Para un comentario de este dictamen véase F. CAMAS RODA, C. LÓPEZ ROCA, *La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional*, en M.A. BALLESTER PASTOR (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, 2010.

¹¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 184 ss.

¹² Véase la [resolución en francés](#).

¹³ Véanse M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La prohibición de discriminación*, en *Diario La Ley*, 10 diciembre 2018, n. 9314, o M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 98, pp. 11-57.

sujetas a modificación¹⁴. La utilización de un factor de identidad grupal, transmitido por herencia (color de piel o rasgos físicos, unido a linajes como el cultural, nacional o religioso), hace que el acogimiento del motivo raza tenga un campo de reconocimiento amplio frente a un acto discriminatorio. Debido a que en la categoría de raza entran factores tanto biológicos como religiosos y culturales, se ha de considerar que para la persona con esas características resulta imposible o muy difícil esconderlas o transformarlas a los efectos de evitar cualquier acto discriminatorio, buscando con ello ser visto como perteneciente a la raza mayoritaria en la sociedad en la que vive. Debe afirmarse así la intensidad que el factor colectivo o de grupo tienen en la localización de un acto de discriminación por motivos raciales. Este registro en el reconocimiento de un acto discriminatorio podría erigirse también en decisor de un acto discriminatorio cuando justamente la pertenencia a un grupo racial o étnico diferente al mayoritario, que es minoritario y débil en términos de influencia social y poder, es despreciado, estigmatizado o excluido por otros grupos que adoptan una postura de supremacía respecto de aquél.

También para la configuración amplia de la noción de origen racial o étnico protegido por la Directiva 2000/43, sirve la noción sobre “origen étnico” llevado a cabo por la sentencia antes mencionada también del TJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-83/14, *Chez c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia*), en la que se expresa que «el concepto de origen étnico proviene de la idea de que los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida». De ahí, que como ha informado la Comisión Europea, en la conformación de una noción racial o étnica para la activación de la correspondiente protección jurídica antidiscriminatoria, pasa también por las características del grupo como la lengua, la religión, el origen, el color de la piel o la religión de una persona constituyen desencadenantes específicos de discriminación étnica o racial¹⁵. La discriminación por motivos raciales es una noción que se ha de considerar incluida en la más amplia de racismo, y dentro de este, la nacionalidad también es uno de sus factores configuradores. Como al efecto

¹⁴ Véase M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, cit., p. 17.

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico \(«la Directiva de igualdad racial»\) y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación \(«la Directiva de igualdad en el empleo»\)](#), 19 marzo 2021, COM(2021)139 final.

ha dicho la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, racismo «se entenderá como la creencia de que, por motivo de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas»¹⁶. Derivado de ello, de esta noción considero importante destacar dos aspectos: por un lado, la dotación de una noción amplia de racismo, en la que no solo se tiene en cuenta únicamente el color de la piel o rasgos físicos; en segundo lugar que el supremacismo frente a un grupo que, tomando o no en cuenta el color de la piel u otros caracteres físicos, puede resultar homogéneo en su religión, nacionalidad o idioma, resulta un factor clave para detectar racismo, y por ello activar la protección jurídica derivada del principio antidiscriminatorio al establecer alguna distinción a la persona por razón del origen racial o étnico.

3. Tipos de discriminación por motivos raciales o de origen étnico

A) Como se ha expresado, la Ley 62/2003 se pone por objetivo el establecimiento de medidas que garanticen la igualdad de trato y no discriminación, conceptuando la primera como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico (art. 27 en relación al art. 28). Este último precepto define la discriminación directa como la situación en que una persona es tratada «de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico». Al no decir por razón de “su” origen racial o étnico, se resolvería una duda interpretativa derivada de la Directiva 2000/43¹⁷ de forma que en el ámbito español se admitiría que una persona pueda ser víctima de discriminación por aquellos motivos sin pertenecer a la raza o etnia a la que aquella iba dirigida.

Por lo que hace a la discriminación de carácter indirecto se produce cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, ocasionan una desventaja particular a una persona respecto de otras, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios. En este tipo de discriminación es de interés la consideración de

¹⁶ Comunicación de la Comisión Europea, *Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*, 18 septiembre 2020, COM(2020)565 final.

¹⁷ Véanse las reflexiones de M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, p. 352.

su existencia cuando se acredite que el porcentaje de personas pertenecientes a una minoría étnica que resulte perjudicada por una medida neutra sencillamente supere al de la mayoría étnica (o al de otras minorías)¹⁸. Como dice la Directiva en su considerando 15, las pruebas estadísticas pueden servir como base de discriminaciones indirectas, por lo que en un conflicto discriminatorio son un factor clave la aportación de datos estadísticos sobre la composición étnica y racial de la población o de un grupo específico, o también los análisis del mercado de trabajo en función de la pertenencia a colectivos raciales o étnicos determinados. No obstante, la recolección de datos sobre identidad racial o étnica han sido de confección minoritaria¹⁹, particularmente por la sensibilidad de la información a extraer y su difusión. En todo caso, es de interés señalar que la Comisión Europea ha otorgado en su *Informe de 2021 sobre la aplicación de la Directiva 2000/43*, a la que denomina como “Directiva de igualdad racista”, una gran importancia a la recogida de datos pese a que, según el Informe, las Directivas europeas sobre igualdad de trato y no discriminación no digan nada sobre ello: en este sentido, se expresa que las directrices *Guidelines on improving the collection and use of equality data at national level* destacan que el Reglamento General UE/679/2016, de Protección de Datos (RGPD) no impide la recogida de datos sobre igualdad, incluso cuando se desagregan por origen racial y étnico, si se realiza «de forma apropiada»²⁰. Esa forma apropiada se cumpliría, siguiendo el Reglamento mencionado y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos, si se recogieran conforme a las posibilidades que esta normativa ofrece, el consentimiento del afectado o a falta de éste por los supuestos que justifican ese tratamiento en varios preceptos del Reglamento europeo (art. 9.1 y 2, 2a), f) y g))²¹.

¹⁸ M.A. BALLESTER PASTOR, *El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, n. 63, p. 50.

¹⁹ El tema de la recopilación de datos es abordado por los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial respecto de España. En el informe de 2016 le pide que reflexione sobre cómo perfeccionar herramientas para poder recabar y publicar datos demográficos sobre la composición de la población desglosados por comunidades territoriales y adoptar, con ese fin, métodos adecuados, garantizando la auto adscripción identitaria, y el anonimato (véase COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, [Observaciones finales sobre los informes periódicos vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero de España](#), 13 mayo 2016, CERD/C/ESP/CO/21-23).

²⁰ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, pp. 4-9.

²¹ Véase M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, p. 371, para quién la solicitud y tratamiento de datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial o étnico de las personas físicas para elaborar pruebas estadísticas dirigidas a demostrar la existencia de discriminación indirecta quedan amparados en las excepciones que el Reglamento prevé.

Finalmente, hay que señalar que en la Ley se regulan también la conducta de acoso, entendidas como toda aquella “no deseada” relacionada con el origen racial o étnico de una persona, es decir se lleva al plano personal la acreditación de que la conducta afecte a su específica sensibilidad²², siempre que además «tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo». Esa definición puede abrir la puerta a varios tipos de conducta, desde violencia física hasta actitudes intimidatorias pasando por el hostigamiento psicológico, conforme a los requisitos que se doten a estas situaciones de acoso de forma general, por ejemplo, a lo que en relación a la situación de acoso pueda decirse cuando está motivado en razones de sexo, religión, discapacidad, etc. De hecho, la tendencia es al tratamiento conjunto de todas las formas de violencia y acoso, aunque con la dotación de referencias singulares en materia de género, prueba de ello es el Convenio n.º 190 (2019) de la Organización Internacional del Trabajo, primer tratado internacional que condena directamente todas las formas de violencia y acoso en el mundo laboral, y que, como tal, también incide en el acoso y la discriminación racial²³. La norma española no dota al acoso por razón de raza u origen étnico de ningún tipo de tratamiento especial respecto de aquellos, cuando las especiales circunstancias de este tipo de conductas y su capacidad de propagación sobre todo a través de internet o las redes sociales lo hacen recomendable. Especial atención debiera merecer el encaje en esta noción de acoso de la expresión y difusión a través de la red de opiniones, arengas o discursos dirigidos contra una persona en función de su raza u origen étnico, que, sin incurrir en delitos penales de odio, pudieran entrar en la noción de acoso. La especialidad que tiene este motivo, derivado además de la propia Directiva 2000/43, y por tanto diferenciado de otros motivos de discriminación, debiera ser un fundamento para un tratamiento singularizado de la conducta de acoso. No obstante, de la misma manera que acontece con conductas de acoso por otras motivaciones, la Ley 62/2003 considera al llevado a cabo por motivos raciales como acto

²² Como dice M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 52, si bien el precepto añade una cláusula que favorece la redefinición del acoso por parte de los Estados miembros, la doctrina que ha estudiado este tema ha criticado la inclusión como elemento constitutivo del acoso del carácter *no deseado* del mismo, más cuando existen unos parámetros objetivos para la identificación del acoso por causa étnica (lo que cualquier persona en la misma situación consideraría ofensivo) que lo configuran independientemente de la posible oposición de la víctima.

²³ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, [Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025](#), SOC/666, que anima a todos los Estados miembros a que consideren la posibilidad de ratificar sin demora el Convenio OIT n. 190 (2019).

discriminatorio «en todo caso», y por lo tanto activa el conjunto de medidas de protección previstas en la normativa para el respaldo del principio antidiscriminatorio.

La normativa española no regula explícitamente varios tipos de discriminación basada en la raza u origen étnico de las personas, por lo que se ha de estar a las interpretaciones judiciales que se pronuncien sobre ellas. Una es la denominada como discriminación por combinación de motivos o de carácter múltiple (o también llamada interseccional), es decir, aquella basada en la combinación inseparable de varios motivos en vez de uno solo por separado, aunque el considerando 14 de la Directiva 2000/43 manifieste que en la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico «debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». Tampoco está regulada la denominada «discriminación por asociación», es decir, cuando una persona o un grupo sufre una desventaja por su asociación con una persona o grupo que presenta las características protegidas. Ahora bien, a partir de la interpretación literal de la Ley 62/2003 que se ha realizado en este trabajo sobre la definición de discriminación directa, en la que norma la prohíbe en general por razón del origen racial, y no específicamente a una persona por «su» raza, si se estaría amparado por la norma la cobertura de un acto de discriminación por asociación. En este sentido, la Sentencia antes vista del TJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-83/14, *Chez c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*), recaída en materia de no discriminación por origen racial o étnico, se demostró que una persona que no era de origen gitano podía beneficiarse de la correspondiente acción antidiscriminatoria por motivación racial o étnica, ya que, pese a no identificarse con la etnia gitana, sufría un trato menos favorable o una desventaja particular al igual que ésta. Como dice la Comisión Europea, de este asunto se desprende que la discriminación no depende de la existencia de una relación íntima o estrecha entre la presunta víctima y el grupo en el que esté asociado²⁴. Por esa misma razón, no se vería problema en aplicar también la «discriminación por percepción o discriminación por suposición», es decir, cuando el trato diferente se basa en la creencia o percepción errónea de que una persona posee una de las características protegidas.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, pp. 4-9.

4. Ámbitos de aplicación de las medidas antidiscriminatorias contenidas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre

El art. 29 de la Ley 62/2003 es el primer precepto de la Sección 2ª del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003. Esta Sección 2ª contiene las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en razón del origen racial o étnico de la persona, que son la posibilidad de establecer medidas de acción positiva (art. 30), la legitimación de las personas jurídicas en la defensa de los derechos de las víctimas de discriminación (art. 31); la carga de la prueba en determinados procesos en relación con el origen racial o étnico (art. 32); y la creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico (art. 33), aspectos que posteriormente serán objeto de tratamiento.

Estas medidas contenidas en la Sección 2ª del Capítulo III del Título II de la Ley 2/2003 tienen por objeto, según el primer párrafo del art. 29.1, que el principio antidiscriminatorio sea real y efectivo «en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios». De entrada, al delimitar el art. 29 los ámbitos de aplicación de las medidas anteriormente citadas, sigue la misma estela ofrecida por la Directiva 2000/43, también en el sentido de que no desarrolla el alcance de cada uno de los ámbitos que integra.

La Comisión Europea, en su *Informe sobre la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico*, de 19 de marzo de 2021²⁵, realiza un estudio del alcance de la Directiva y, a mi modo de ver, señala varias notas de interés, una inclusiva y otra excluyente, respecto de la aplicación de dicha normativa: de un lado la Comisión afirma que la Directiva también se aplica a la discriminación derivada del uso de la inteligencia artificial. Por otro, el Informe recuerda que la norma no incluye en su ámbito de aplicación material «las actuaciones del sector público que conllevan “el ejercicio de la autoridad pública”» (p. ej., la actuación policial, las autoridades de detección de fraudes, y el sistema judicial penal y civil) sin un elemento de prestación de servicios (para justificar esta delimitación, la Comisión vincula el concepto de servicios con el art. 57 del TFUE, de lo cual se deriva que la aplicación de la Directiva solo se da cuando aquellos se configuran como una actividad económica). Para visibilizar su postura en este sentido, la Comisión señala que la Directiva no se aplica cuando la policía para o acosa a alguien por su origen racial o étnico (cuestión esta que recuerda el caso visto por la STJUE de 12 de mayo de 2011, C-391/09,

²⁵ *Ibidem*, pp. 9-10.

donde el Tribunal recordó en su fundamento 46 que cuando se aprobó la Directiva 2000/43, no se aceptó la propuesta que pedía incluir el ejercicio de las funciones de cualquier órgano o autoridad públicos).

Se debe confirmar la protección de la Ley 62/2003 frente al uso de la inteligencia artificial como correa de transmisión de medidas discriminatorias en el marco de los ámbitos que aquella incluye. Además, de ello, no ha de pasarse por alto las iniciativas políticas que se han impulsado para evitar la utilización de los algoritmos con efectos discriminatorios, como el impulso por el Gobierno español de la [Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial](#), en la que se prevé la elaboración de medidas adecuada para el desarrollo de una inteligencia artificial basada en principios éticos, uno de ellos es el de inclusión y no discriminación. Finalmente, en el ámbito laboral, es necesario referirse al Convenio colectivo del sector de la Banca²⁶. En este convenio acordado entre la patronal bancaria y los sindicatos de trabajadores, se ha incluido un capítulo a los derechos digitales de la plantilla de trabajadores. Uno de esos derechos es el derecho de los trabajadores «ante la inteligencia artificial» y al empleo de algoritmos. En concreto, su art. 80.5 reconoce el derecho de las personas trabajadoras a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos.

Respecto de las actuaciones del sector público que conllevan «el ejercicio de la autoridad pública», debe empezarse por recordar su sumisión en todo caso a la Constitución y derivado de ello al principio de igualdad y no discriminación, también por motivos de raza, como al efecto expresa su art. 14. Por lo que hace a los extranjeros nacionales de terceros países a la UE, ya se ha citado anteriormente la protección del art. 23 de la LO 4/2000, que califica como acto discriminatorio todo aquel ejecutado por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público contra un extranjero por pertenecer a una determinada raza.

En todo caso, respecto de la aplicación de las medidas previstas en la Ley 62/2003 a las actuaciones llevadas a cabo por Autoridades Públicas, se ha de advertir que el art. 27.2 dice que todo el capítulo (el III) de la ley dedicado a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, «será de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado», sin que la norma realice ninguna exclusión específica. Ahora bien, posteriormente, el art. 29.1 dice que el ámbito de aplicación de las medidas antidiscriminatorias incluidas en la Sección II del Capítulo III en el que se incluye, se aplican a, «en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios». De entrada, podría interpretarse que la norma española asume

²⁶ [Resolución de 17 de marzo de 2021](#).

una proyección universal en su aplicación respecto de cualquier intervención del sector público o de la Administración pública, por ejemplo, incluyendo también funciones o potestades públicas como puede ser el ejercicio de actos de autoridad, y por tanto yendo más allá de lo previsto por la Directiva 2000/43.

Considero que no esa la pretensión de la Ley 62/2003, que se ciñe a la prestación de «bienes o servicios» (en el sector público entendiendo por tales los servicios públicos), y no a otro tipo de actividades que salen literalmente de ese concepto, en concreto el antedicho ejercicio de funciones de autoridad pública, o también, a mi parecer, las actividades públicas de fomento como puede ser el régimen de subvenciones públicas (sin perjuicio que en este ámbito se apliquen disposiciones específicas sobre el respeto del principio antidiscriminatorio, como al efecto se contienen en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones). Ciñéndome al ámbito público, al referirse la Ley 62/2003 a la oferta y el acceso a cualesquiera «bienes y servicios», está utilizando un marco verdaderamente amplio a los efectos de su aplicación, que restringe ciertamente la interpretación de posibles excepciones a la aplicación de las medidas contenidas en la norma, aunque también delimita su campo de actuación a esos objetos, los bienes y servicios públicos o, por supuesto, a todas aquellas actividades económicas que supongan o se conecten con su prestación o dispensación.

En todo caso, el art. 29.1 de la Ley 62/2003, en su segundo párrafo, advierte que otros ámbitos diferentes a los contenidos en su primer párrafo justo antes analizado (educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales etc.), como son los relativos al acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, se regirá por las medidas para la igualdad de trato previstas en la Sección 3ª del Capítulo III del Título II. Las medidas de tutela antidiscriminatoria que le son aplicables son en gran parte las previstas en aquella Sección 3ª, con la adición de preceptos específicos de diversas leyes en el ámbito laboral.

De todos ellos, considero que el empleo es el verdadero catalizador del principio antidiscriminatorio propulsado por la Ley 62/2003. De hecho, desde hace años el ámbito del empleo, entendiendo así tanto la búsqueda de trabajo como cuando ya se tiene y se está en el lugar de trabajo, viene siendo considerado como uno de los principales focos de discriminación por motivos raciales o de origen étnico²⁷, también junto a las producidas en

²⁷ OCDE, *Perspectivas del empleo 2008*, 2008, cap. 3, *El precio de los prejuicios: la discriminación en*

el ámbito educativo, situaciones que acaban afectando a la integración de las personas afectadas²⁸. Los estudios habidos en esta última década han venido enfatizando la detección de dichas discriminaciones en la fase de contratación, de hecho, según la OCDE, en los países en los que se han llevado estudios de campo, la probabilidad de ser llamado para realizar una entrevista después de una solicitud es varios puntos porcentuales menores en el caso de los solicitantes que pertenecen a grupos minoritarios, de lo que derivaría, por otro lado, en la publicación de menos ofertas de trabajo a los miembros de aquellos colectivos²⁹. En concreto, se ha constatado el hecho de que a los candidatos que se identifican abiertamente como musulmanes en sus currículos los convocan a menos entrevistas de trabajo en comparación con candidatos igualmente cualificados con un curriculum vitae sin connotaciones religiosas³⁰. Además, la Comunicación de la Comisión Europea de 18 de septiembre de 2020, [*Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*](#) advierte que resultan particularmente afectados por actitudes racistas las personas de ascendencia africana, las cuales ven una disociación especialmente marcada entre la calidad de su empleo y su nivel de educación, que se manifiesta en una tasa de trabajo peor remunerado entre las personas con un título superior en comparación con la población en general. También que hay una tasa mucho mayor de jóvenes de origen norteafricano, de ascendencia africana o de comunidades gitanas que no trabajan, ni estudian ni reciben formación, en comparación con la población general. En fin, la discriminación racial en el empleo también toma diversas formas, como condiciones de trabajo desfavorables o la tendencia a una “etnización” de la organización de trabajo, por ejemplo, destinando a los trabajadores en función de sus caracteres físicos (y no de la evaluación de sus competencias) a ciertas tareas o lugares profesionales, excluyéndolos del contacto directo con los clientes³¹. Se ha de recordar en este punto que, como dice el Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva de igualdad racial, únicamente existe

el mercado de trabajo por razones de sexo y de origen étnico, p. 143.

²⁸ Sobre estas encuestas que se realizan en el ámbito europeo, la Agencia, la Comisión Europea ha señalado que muestran que los ciudadanos de toda la UE sufren un alto nivel de discriminación por su origen racial o étnico de manera periódica. Comentando los datos elaborados por la Agencia de Derechos Fundamentales en dicho sentido, la Comisión expresa que es la esfera en la que se experimenta más discriminación en función del origen étnico o como inmigrante. Esto incluye situaciones en las que las personas están «en la búsqueda de trabajo» o «en el lugar de trabajo» (COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, p. 2).

²⁹ OCDE, *op. cit.*, p. 143.

³⁰ COM(2020)565 final, cit.

³¹ M. MINÉ, *Les migrations et la discrimination raciale dans l'emploi*, en I. DAUGAREILH, F. VENNAT (dirs.), *Migrations internationales et marché du travail*, Chronique Sociale, 2004, pp. 167.

una excepción en la consideración como discriminatoria de una diferencia de trato basada en la raza o el origen étnico en el empleo, en concreto, cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, una característica vinculada al factor racial constituya un requisito profesional esencial y determinante, y siempre que el objetivo perseguido con ello sea legítimo y el requisito proporcionado, sin que pueda (véase nuestro art. 34.2 de la Ley 62/2003 y art. 4 de la Directiva 2000/43). En su informe, la propia Comisión pone como ejemplo el caso de la búsqueda de un director de casting de un actor con un origen racial específico para representar un papel en una película. En todo caso, en la aplicación del art. 34.2 de la Ley 62/2003, se ha de tener en consideración la doctrina emanada del TJUE, en especial, su calificación como discriminatoria en función del artículo 2.2a) de la Directiva 2000/43, de la política de una empresa, puesta en boca de su director ante un medio de comunicación, de no contratar a trabajadores de determinado origen étnico o racial a causa de las reticencias de la clientela a la que atiende la empresa (Sentencia de 10 de julio de 2008, Asunto C-54/78). De forma analógica, también se llevará al ámbito de la discriminación racial (en particular en lo relativo a que se debe entender por requisito profesional y determinante del art. 4 de la Directiva 2000/43), la doctrina derivada de un caso de discriminación por motivos religiosos (despido de una trabajadora por prestar sus servicios con un pañuelo islámico), visto por la Sentencia del TJUE de 14/3/17 (Asunto C-188/15). En su resolución el Tribunal dice que la exigencia de un requisito profesional y determinado para el ejercicio de un servicio o trabajo como justificante de una diferencia de trato implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo, pero en cambio «no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente».

De interés es en España el estudio llevado a cabo por el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica sobre la *Percepción de la discriminación racial o étnica por parte de sus potenciales víctimas en 2020*³², en el que se concluye que los grupos que en mayor medida perciben tener una imagen desfavorable son la población gitana y la magrebí, también los afrodescendientes. Se resalta que los ámbitos en los que las personas están percibiendo mayor discriminación por su origen étnico son, en 2020, el de acceso a la vivienda (31%), el de establecimientos o espacios abiertos al público (30%), el ámbito laboral (26%) y la educación (20%), ámbito este

³² Véase su [Resumen Ejecutivo](#).

último que ha aumentado un 7% desde 2013.

Justamente, en referencia a la comunidad gitana, que es uno de los grupos especialmente sensibles en España a la discriminación por origen étnico, se ha de aportar que la nueva normativa educativa *Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*, ha pasado a exigir que en el currículo de las diferentes etapas de la educación básica, se atienda, entre otros valores, a la igualdad de trato y la no discriminación. Se añade que se considerará el estudio y respeto de otras culturas, particularmente la propia del pueblo gitano y la de otros grupos y colectivos, contribuyendo a la valoración de las diferencias culturales, así como el reconocimiento y la difusión de la historia y cultura de las minorías étnicas presentes en nuestro país, para promover su conocimiento y reducir estereotipos (Disposición adicional cuadragésima primera de la LO 2/2006 ya reformada).

En todo caso, son los problemas en el ámbito de la protección social los que han emergido en el ámbito judicial español como los más importantes. Prueba de ello es la [sentencia del TC de 25 de enero de 2021](#). El conflicto tiene origen en la denegación por la Seguridad Social a una mujer de etnia gitana de la pensión de viudedad por el fallecimiento de su marido. Ambos se habían casado en 1994 por el rito gitano (el cual, según la legislación española no es reconocido como forma válida de contraer matrimonio a efectos civiles) y convivieron durante 15 años antes de la muerte de él. De su unión nacieron 5 hijos, si bien en la inscripción por su nacimiento constaba que eran hijos de padres solteros. El Instituto Nacional de Seguridad Social resolvió no conceder la pensión de viudedad a la mujer por no haberse constituido formalmente como “pareja de hecho” con la persona con la que había convivido, en base al art. 174.3 del *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (según este precepto, para conceder la pensión de viudedad, el beneficiario debe acreditar haber contraído matrimonio, o bien haber convivido con la persona fallecida durante 5 años de duración como mínimo y haber inscrito esa pareja o haberla formalizado en un documento público con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión).

La mujer de etnia gitana recurre al Tribunal Constitucional alegando que la denegación de la pensión de viudedad vulnera su derecho a no sufrir discriminación por motivos raciales y étnicos conforme al art. 14 de la Constitución Española. Las alegaciones que realiza para fundamentar su decisión son: 1) la aplicación al caso de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (*Asunto Muñoz Díaz v. España*), ya que había actuado de buena fe en la creencia de que su

matrimonio era válido a todos los efectos; 2) si no se reconociese lo anterior, la recurrente alega que la exigencia de que las parejas de hecho deban estar inscritas puede producir una discriminación indirecta para el colectivo gitano por el fuerte arraigo de sus tradiciones, muy ligadas a la familia y a la convivencia permanente en la creencia que su relación es igual a la de cualquier otra unión de carácter matrimonial.

El Instituto Nacional de Seguridad Social y el Ministerio Fiscal se oponen a estas alegaciones alegando la no aplicabilidad de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, ya que a diferencia del conflicto visto por dicho Tribunal Europeo, en el presente caso no concurría buena fe de la mujer en relación a la validez del matrimonio celebrado conforme al rito gitano ya que en los documentos emitidos por las autoridades españolas en ningún momento había ninguna referencia al matrimonio de ambos convivientes (por ejemplo, en la inscripción de los hijos, estos figuraban como descendientes de “padres solteros”); ambas instituciones también alegan la legitimidad de la ley al exigir, bajo el principio de neutralidad desde la perspectiva racial, de que para obtener una pensión de viudedad las parejas de hecho éstas deban estar registradas o haberse constituido en un documento público.

Finalmente, el Ministerio Fiscal también realiza otra alegación para oponerse al recurso: partiendo de la base de que el rito gitano de celebración del matrimonio incluye una prueba de virginidad que se realiza en la novia, lo que a su parecer supondría un supuesto de discriminación por razón de sexo, el Ministerio Fiscal manifiesta que en el caso que el Tribunal Constitucional estimase que en función de la peculiaridad del pueblo gitano se debía modificar la existencia del requisito de inscripción de la pareja de hecho, debería evitar también que pudiera hacerse una distinción entre una pareja de hecho que se haya casado por el rito gitano y otra pareja de hecho gitana que tenga los mismos valores de su cultura pero que no estuviera dispuesta a aceptar la prueba de virginidad, no celebrase ese ritual y viviese maritalmente.

El Tribunal Constitucional desestima la demanda de amparo de la mujer gitana, y en consecuencia resuelve que en la denegación de la pensión de viudedad no se ha producido una discriminación por motivos raciales o de origen étnico. Los fundamentos que llevan a esa resolución son básicamente los siguientes: en primer lugar, no es aplicable la doctrina de la *Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (Asunto Muñoz Díaz v. España)* ya que su supuesto es diferente al visto ahora por el Tribunal español. Para el TC la buena fe de la demandante fue la base de aquél pronunciamiento judicial ya que las autoridades habían dado apariencia de un matrimonio celebrado conforme a la legislación española

a través de la mención de ello en varios documentos públicos, circunstancia que no concurre en el presente caso; además, en aquél supuesto no se discutía sobre la constitución formal de parejas de hecho y sus efectos en Seguridad Social, lo cual es base para denegar la pensión de viudedad en el caso que se le somete; en segundo lugar, no se deriva ninguna desigualdad de trato o trato discriminatorio por exigir que para obtener la pensión de viudedad, la persona beneficiaria deba haber contraído matrimonio válido según las formas legalmente reconocidas. Por tanto, la unión celebrada por el rito gitano que no ha sido reconocida como una de las modalidades válidas de contraer matrimonio con efectos civiles, no supone una discriminación directa basada en motivos étnicos; en tercer lugar, no se produce discriminación directa por motivos raciales o étnicos por no equiparar la unión celebrada conforme a los ritos gitanos, con las parejas de hecho formalizadas legalmente, a los efectos de obtener la pensión de viudedad (por tanto, no ampara que las personas gitanas deban recibir un trato específico en materia de pensión de viudedad en función de su cultura). El TC recuerda que el art. 14 de la Constitución no cubre la denominada como «discriminación por indiferenciación», ya que dicho precepto no consagra un «derecho a la desigualdad de trato», por no existir ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual; y finalmente, el TC no aprecia una discriminación indirecta por motivos raciales o étnicos por el hecho de que la ley obligue a constituir formalmente una relación de pareja de hecho para obtener la pensión de viudedad. Para el Tribunal, no se advierte un perjuicio que revele que esa obligación legal produzca efectos desfavorables en la comunidad gitana; no se aportan datos que permitan acreditar esos resultados en función de evidencias estadísticas, ni se justifica la existencia de un perjuicio derivada de la norma, en razón de pertenecer a la minoría gitana frente al que supone su aplicación para cualquier otro colectivo que opte por la no formalización de sus relaciones de convivencia o por una formalización que carezca de validez civil.

En conclusión, los puntos clave de la sentencia son que la exigencia de que para obtener una pensión de viudedad sea necesario contraer matrimonio válido no supone una discriminación directa por motivos raciales para las personas de etnia gitana que según su cultura se hayan casado únicamente por el rito gitano, que no tiene reconocimiento de matrimonio a efectos civiles. Tampoco es una discriminación indirecta para las personas gitanas el hecho de denegar la pensión de viudedad por no haberse inscrito como parejas de hecho en los registros correspondientes, añade el TC, si no se fundamenta que perjuicio implica aquella exigencia, ni se aportan datos que lo evidencien, ni se justifica un perjuicio en comparación con otras personas que no opten por formalizar sus relaciones de convivencia.

De interés resulta esta sentencia por cuanto el TC limita la aplicación de la *Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (Asunto Muños Díaz v. España)* a casos muy específicos de personas casadas por el rito gitano pero que pensaban que su relación era plenamente matrimonial. Por otra parte, el TC establece que la legislación española que en materia de pensiones de viudedad exige, bajo el principio de neutralidad, bien la constitución válida de un matrimonio, bien la inscripción de una pareja de hecho, no supone una discriminación por motivos raciales directos o indirectos de las personas gitanas que únicamente se hayan casado a través del rito gitano o no se hayan inscrito. En todo caso, al hacerlo así, la sentencia equipara esta minoría étnica con otros colectivos indiferenciados a la hora de valorar una posible discriminación, es decir, aplica el principio de neutralidad sin tener en cuenta si la comunidad gitana puede tener tratamientos específicos (reconocidos en normas internacionales) que la hagan específica respecto de otras personas. Finalmente, la sentencia tampoco realiza ninguna valoración a la posible existencia de una discriminación múltiple en función de la concurrencia simultánea de dos factores: el sexo de la persona que reclama su pensión de viudedad y de pertenecer a una etnia. En todo caso, ello no aparece en las alegaciones que se le hacen al Tribunal sentenciador.

5. La protección de derechos frente a la discriminación racial y su promoción

El principio antidiscriminatorio por motivos raciales u origen étnico recogido en la Ley 62/2003, complementado por la normativa que regule los ámbitos (empleo, educación, etc.) en los que se aplica dicho principio, está protegido por los órganos judiciales de cada orden jurisdiccional al que pertenezca el conocimiento de la materia. En todos los casos, la legislación procesal reconoce la realización de procedimientos preferentes y sumarios para resolver este tipo de conflictos y, en los ámbitos de aplicación previstos por la Ley 62/2003, prevé medidas específicas sobre la carga de la prueba de una actividad discriminatoria, en concreto que es al “demandado” a quien corresponde la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

De interés es señalar que conforme al art. 31, de la Sección 2ª del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003 (que recordemos, contiene las medidas para la igualdad de trato en los ámbitos de la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el

acceso a cualesquiera bienes y servicios), las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante «que así lo autorice» con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico. Por lo tanto, las personas jurídicas pueden actuar en defensa del demandante, víctima de una discriminación, si esta víctima se presenta como demandante en el proceso y además autoriza a la persona jurídica que actúe en su nombre. Esta norma deriva del art. 7.2, de la Directiva 2000/43, que según el TJUE constituye una especificación, en el ámbito considerado, del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (tal y como dice la sentencia del TJUE, que se comenta posteriormente, de 15 de abril de 2021, en el asunto C-30/19, Diskrimineringsombudsmannen (Defensor del Pueblo en materia de Discriminación, Suecia), y Braathens Regional Aviation AB).

Como medida para la igualdad de trato contenida en la Sección 2ª del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003 se encuentra en su art. 33 la creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico. Junto al resto de entidades creadas por exigencia de la Directiva 2000/43 en otros Estados miembros de la UE, instituciones como el Comité Económico y Social Europeo están pidiendo un refuerzo de sus funciones, a lo que hay que añadir la necesidad de que sean más conocidos por la sociedad³³, punto débil que el propio Consejo español ha reconocido en su último informe de 2020, del que se hablará posteriormente. Por otra parte, debe mencionarse que el Consejo tiene un importante alcance aplicativo: pese a que se regule en la Ley 62/2003 en el marco de la Sección 2ª, recordemos solo destinado a ámbitos específicos, sus competencias van más allá de estos al añadir el campo específico de la Sección 3ª, que es el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua.

Justamente, en el ámbito laboral y de protección social la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, prevé que el juez puede pedir un dictamen o informe a los organismos públicos competentes cuando en el

³³ Según [este dictamen](#), «aún es poco conocido el trabajo que realizan las organizaciones que trabajan en el ámbito de la lucha contra la discriminación, así como el de las instituciones públicas».

proceso se suscite una discriminación por origen étnico; y además, otorga legitimación a sindicatos y a entidades públicas o privadas, para que actúen como coadyuvantes del demandante en el proceso (es decir, que dichas entidades pueden incorporarse al proceso para apoyar al demandante), aunque no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado (demandante). En consecuencia, la presencia o autorización como demandante del perjudicado por la discriminación es necesario. En todo caso, si hay víctimas identificables de discriminación los sindicatos podrían actuar a través de un proceso de conflicto colectivo, actuando en defensa de los derechos de una pluralidad indeterminada de trabajadores. Como dice la Pr. Casas Baamonde, en España no ha sido prevista la posibilidad otorgada por el art. 13 de la Directiva 2000/43, así como por la STJUE de 10.07.08, *Feryn*, C-54/07) de que las entidades o asociaciones de promoción de la igualdad de trato promuevan procesos judiciales o administrativos sin necesidad de que actúen en nombre de un denunciante determinado, o incluso a falta de un denunciante identificable. En el ámbito laboral, solo en caso de denunciantes identificables en la forma que se ha visto, mientras que en los Juzgados que conocen de asuntos civiles o administrativos no es posible³⁴. Aún y este arsenal jurídico, los informes que se están emitiendo en el ámbito europeo para para comprobar el grado de observancia del principio antidiscriminatorio previsto en la Directiva 2000/43 están poniendo de manifiesto algunos problemas importantes, principalmente, en lo que se refiere a la iniciativa de las víctimas en presentar denuncias; también en la demostración de sus argumentaciones (donde considero que la cuestión deficitaria de la recopilación de datos para el uso de pruebas estadísticas puede ser una de las raíces del problema); la protección contra las represalias; así como la aplicación de sanciones adecuadas³⁵. Frente a ello, la Comisión Europea ha lanzado varias propuestas de mejora, como son permitir la denuncia por internet. Relacionado con ello, se ha de hacer constar que en relación a las comunicaciones electrónicas entre los ciudadanos y los servicios públicos, se ha aprobado el *Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos*. Este reglamento reconoce el principio de igualdad y no discriminación en las comunicaciones electrónicas entre ciudadanos y administraciones públicas, aunque remite a su normativa específica a determinados procedimientos de carácter sancionador. En todo caso, la Comisión europea también propone otras medidas para mejorar la

³⁴ M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, pp. 367-370.

³⁵ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, p. 6 ss.

aplicación de la prohibición de discriminación por motivos raciales como son la mejora de la capacidad y accesibilidad de las autoridades locales y las organizaciones comunitarias o de intermediación locales; crear organismos de resolución de litigios fácilmente accesibles; proporcionar oficinas de asesoramiento jurídico especializadas; y crear redes de policías y magistrados formados en cuestiones de discriminación³⁶.

Por otra parte, en su Comunicación de 18 de septiembre de 2020, la Comisión Europea se ha comprometido a emprender una evaluación global del marco jurídico vigente para determinar cómo mejorar su aplicación, si sigue respondiendo a su finalidad y si existen lagunas que subsanar. De forma específica, la Comunicación señala que en materia de igualdad racial un aspecto que debe examinarse específicamente en el contexto de la posible nueva legislación es el del control del cumplimiento de la ley³⁷.

En todo caso, un elemento de alta importancia en el chequeo de la aplicación material del principio antidiscriminatorio pasa por el régimen de sanciones e indemnizaciones por su incumplimiento. Así lo establece la Directiva 2000/43, cuando dice en su art. 15 que «los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento», añadiendo que «dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias». La Ley 62/2003 debería haber regulado o desarrollado esta obligación de que las sanciones o indemnizaciones deban ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, más que dejarlo al albur de cada legislación sectorial, dejando así vías abiertas a que la jurisdicción pueda interpretar la intensidad de dichas indemnizaciones.

En todo caso, en este ámbito vale la pena traer a colación la Sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021, en el asunto C-30/19, Diskrimineringsombudsmannen (Defensor del Pueblo en materia de Discriminación, Suecia), y Braathens Regional Aviation AB., que conoce justamente del alcance del art. 15 de la Directiva 2000/43 anteriormente mencionado.

De forma resumida, un pasajero de origen chileno residente en Estocolmo (Suecia), que disponía de una reserva para un vuelo interno en Suecia, operado por una compañía de esa nacionalidad, fue sometido a un control de seguridad adicional a la del resto de pasajeros por decisión del comandante de la aeronave. Ante la denuncia del pasajero que había sido

³⁶ *Idem.*

³⁷ [COM\(2020\)565 final](#), cit.

objeto de una discriminación directa por motivación racial o de origen étnico, la compañía aérea aceptó pagar al pasajero una indemnización, pero sin reconocer que ello derivaba de una conducta discriminatoria. Con esta actitud procesal, la jurisdicción podía entrar a valorar aspectos como la cuantía de la indemnización u otro tipo de sanciones económicas, pero sin conocer el fondo del asunto según la legislación sueca.

En su resolución, el TJUE toma como bases jurídicas la Directiva 2000/43, el art. 7 y el art. 15 de la Directiva 2000/43. Por lo que hace al primero, que como se ha dicho anteriormente, supone una especificación del Derecho de tutela judicial efectiva garantizado por la Carta europea de Derechos fundamentales, se debe desprender que, si el demandado no reconoce la discriminación alegada, esa persona ha de poder lograr que el juez se pronuncie sobre una eventual vulneración de los derechos que con tales procedimientos se quieren hacer respetar. En consecuencia, señala el TJUE que el mero pago de un importe pecuniario, aunque sea lo reclamado por el demandante víctima de la actitud discriminatoria, no garantiza la tutela judicial efectiva de una persona que solicita que se constate la existencia de la violación de su derecho a la igualdad de trato que se deriva de la Directiva 2000/43, en particular cuando el principal interés de esa persona no es económico, sino que se acrediten los hechos reprochados al demandado así como su calificación jurídica.

Respecto del art. 15 de la Directiva 2000/43, la sentencia apela a la función reparadora y disuasoria que deben tener las sanciones previstas por los Estados miembros de este precepto, de forma que sean adecuada la compensación habida y en ningún caso simbólica. Esas funciones no son cumplidas, según el TJUE, por la normativa sueca. En este sentido, la sentencia recalca que «el pago de un importe pecuniario no basta para satisfacer las pretensiones de una persona que quiere primordialmente que se reconozca, como reparación del perjuicio moral sufrido, que ha sido víctima de discriminación, de modo que no puede considerarse, a tal efecto, que ese pago tenga una función reparadora satisfactoria». Respecto de la función disuasoria del precepto, dice el TJUE que «la obligación de abonar una cantidad de dinero no puede garantizar un efecto realmente disuasorio respecto al autor de una discriminación incitándole a no reiterar su comportamiento discriminatorio, previniendo así nuevas discriminaciones por su parte, cuando, como sucede en este caso, el demandado cuestiona la existencia de la discriminación, pero considera más ventajoso, en términos de coste y de imagen, abonar la indemnización solicitada por el demandante, evitando así que el juez nacional declare la existencia de discriminación».

6. A modo de coda

Este trabajo ha empezado haciendo referencia a la tragedia que vivió Europa y el resto del mundo el siglo pasado fruto de la extensión de ideologías racistas, que solo entendían la supremacía de una raza sobre otras, y el continuo conflicto entre ellas. Para no volverlo a repetir, tras la última guerra mundial, diversos instrumentos jurídicos internacionales y europeos, y también en el ámbito nacional con la aprobación de normas constitucionales democráticas, asumieron principios de igualdad de trato y la regulación de principios antidiscriminatorios en materia de raza u origen étnico. En todo caso, sin que en ningún caso pretenda hacer ninguna comparación con las situaciones vividas pronto va a hacer 100 años, si se está asistiendo a un aumento del racismo en Europa. Frente a ello, la UE está llevando a cabo diversas iniciativas, entre ellas la adopción de un Plan de acción sobre Antirracismo para 2020-2025.

Y justamente por eso, en el marco de la normativa española debe hacerse más visible por la sociedad los instrumentos jurídicos e institucionales que se disponen en la actualidad para luchar contra esa lacra. Para empezar, la existencia de la Ley 62/2003, norma contenedor de diversas materias, entre ellas la de no discriminación por motivos varios, debiera dar lugar a una nueva normativa específica sobre el principio antidiscriminatorio por motivos raciales; en segundo lugar, el Consejo que crea para promover la igualdad de trato y no discriminación por raza u origen étnico ha de ser un instrumento útil para las víctimas de discriminación, empezando por la difusión del conocimiento sobre su existencia.

Por lo demás, en España uno de los colectivos más afectados por racismo es, junto al africano, las personas de etnia gitana. Se ha de valorar las iniciativas habidas en el ámbito educativo respecto de la eliminación de estereotipos que están en la raíz de las actitudes discriminatorias. En todo caso, respecto de las sentencias judiciales que están resolviéndose en materia de protección social, donde resultan afectadas mujeres de dicho pueblo, sería de interés que valorasen también la existencia de discriminaciones múltiples, o evaluarasen si en determinados aspectos la comunidad gitana puede tener tratamientos específicos que la hagan específica respecto de otras personas.

Finalmente, mencionar que un elemento débil en el régimen de protección del principio antidiscriminatorio tiene que ver con su traslado del papel a la realidad, de la ley a su cumplimiento y visualización práctica de ello. Como al efecto dicen las instituciones europeas, se están poniendo de manifiesto una infrutilización de las denuncias o, añadido yo, la falta de confianza en

que estas sirvan para algo. Algunas propuestas que se han puesto de manifiesto en este trabajo podrían coadyuvar a evitarlo, pasando por un mayor conocimiento de todos los actores implicados en la lucha antidiscriminatoria en cuestiones de discriminación por este motivo, incluso en la creación de cuerpos especializados en las instituciones en esta temática.

7. Bibliografía

BALLESTER PASTOR M.A., *El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, n. 63

CAMAS RODA F., LÓPEZ ROCA C., *La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional*, en M.A. BALLESTER PASTOR (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, 2010

CASAS BAAMONDE M.E., *Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000)*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2019

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, [Observaciones finales sobre los informes periódicos vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero de España](#), 13 mayo 2016, CERD/C/ESP/CO/21-23

FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *La prohibición de discriminación*, en *Diario La Ley*, 10 diciembre 2018, n. 9314

FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 98

FUGAZZA M., *La discrimination raciale: théories, faits, stratégies*, en *Revue Internationale du Travail*, 2003, n. 4

MINÉ M., *Les migrations et la discrimination raciale dans l'emploi*, en I. DAUGAREILH, F. VENNAT (dirs.), *Migrations internationales et marché du travail*, Chronique Sociale, 2004

MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, [ENLA. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial](#), 2020

OCDE, *Perspectivas del empleo 2008*, 2008

OIT, *Égalité dans l'emploi et la profession*, Conférence Internationale du Travail, 83^a Session 1996

OIT, *La igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación en relación con el Convenio núm. 111*, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996

RED2RED, [*Percepción de la discriminación racial o étnica por parte de sus potenciales víctimas en 2020. Resumen Ejecutivo*](#), Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, 2020

RODRÍGUEZ-PIÑERO M., FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986

ZWEIG S., *Brasil. País de futuro*, Capitán Swing, 2012

Normativa europea

COMISIÓN EUROPEA, [*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico \(«la Directiva de igualdad racial»\) y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación \(«la Directiva de igualdad en el empleo»\)*](#), 19 marzo 2021, COM(2021)139 final

Comunicación de la Comisión Europea, [*Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*](#), 18 septiembre 2020, COM(2020)565 final

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, [*Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*](#), SOC/666

Una renta y problema resuelto

Luis Eduardo DÍAZ*

RESUMEN: Una renta básica universal puede ayudar a los más necesitados a no perder su autonomía. El ingreso que es capaz de proveer se concedería por un deber moral o social, porque el trabajo que antes lo generaba, fuente de antiguas virtudes y beneficios, se ha vuelto irregular y muy inseguro. La renta serviría de apoyo para el ejercicio de la libertad, sería un suplemento del salario, y la clase obrera, devenida en precaria, se liberaría del control económico al cual es sometida. Las evidencias que existen sobre la misma en su mayoría son temporales, siendo los supuestos discursivos de los que parte su instrumentación muy diversos. Se debate si un ingreso antipobreza sea más expedito que uno universal contra las adversidades personales y las contingencias sociales.

Palabras clave: Ingreso mínimo, renta básica universal, protección social, pobreza, ciudadanía.

SUMARIO: 1. Origen de la Renta Básica Universal. 1.1. La utopía y la revolución francesa. 1.2. La corriente liberal y la utilidad de la renta. 1.3. La nueva clase trabajadora. 2. La finalidad del dinero provisto a la gente. 2.1. Conceptuación jurídico-política. 2.1.1. La renta básica como derecho social. 2.1.2. La renta básica como garantía de un derecho. 2.2. Experiencias. 3. Enfoques sobre la Renta Básica Universal. 3.1. Enfoque pragmático. 3.2. Enfoque racional. 3.3. Enfoque productivista. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Doctor en Derecho; Profesor Titular, Universidad del Zulia (Venezuela).

A Rent and Problem Solved

ABSTRACT: A universal basic income can help those most in need not to lose their autonomy. The income that it is capable of providing would be granted out of a moral or social duty, because the work that previously generated it, a source of ancient virtues and benefits, has become irregular and highly insecure. Income would serve as support for the exercise of freedom, it would be a supplement to the salary, and the working class, become precarious, would free itself from the economic control to which it is subjected. Most of the evidence that exists about it is temporary; the discursive assumptions from which its instrumentation starts are very diverse. It is debated whether an anti-poverty income is more expeditious than a universal one against personal adversities and social contingencies.

Key Words: Minimum income, universal basic income, social protection, poverty, citizenship.

1. Origen de la Renta Básica Universal

1.1. La utopía y la revolución francesa

Thomas Moro, hace más de 500 años, creyó que en su isla *Utopía* había que trabajar, porque de lo contrario, el hombre del futuro se volvería perezoso al no sentirse urgido por las necesidades que le serían prodigadas en aquél lugar. Confiando en la laboriosidad del prójimo, más que en la suya, recibiría por gracia lo que no había representado para él esfuerzo alguno, así que Moro concibió una jornada de 6 horas para que se ganara su hombre del mañana el sustento¹.

Su pensamiento sería precursor al de la revolución francesa, de valorar aparte del trabajo, la libertad en su sentido más amplio: «la indigencia y la miseria embotan los ánimos y quitan a los oprimidos el talante de la libertad», había escrito en su célebre libro. Y es crítico del orden de cosas reinante: «Cada uno tiene lo que la liberalidad del rey no le ha confiscado. Importa, pues, al rey, ya que en ello estriba su seguridad, que el pueblo posea lo menos posible».

Lo que da origen a las diversas acepciones que el dinero adjudicado a la gente tiene, es la finalidad a la cual sirve: *renta básica universal*, *ingreso básico universal* o *subsidio universal garantizado* son las expresiones generalmente usadas cuando su pago es incondicional y para todos. He optado por la primera denominación, la de renta básica universal (RBU). Cuando es destinada a los más pobres, las locuciones son más variadas: *ingreso mínimo vital*, *ingreso mínimo*, *renta mínima*, *renta mínima de inserción* o *renta garantizada*, siendo condicionada o no su cancelación.

En la actualidad, los programas de transferencias monetarias, siguen alineados al propósito republicano de la Francia revolucionaria; el de asegurar el ejercicio pleno de la libertad con la entrega de algún efectivo de forma incondicional, *ex ante*, sin examinar la circunstancia para su percepción².

La visión liberal que se acuña, condena la dependencia y la ignorancia que provoca el hambre; por tanto, en la mesa deben estar los alimentos necesarios, y en el bolsillo, los recursos indispensables para revolver las necesidades elementales.

¹ Vid. J. ARANCIBIA MATTAR, *Utopía y propiedad privada: ¿un manifiesto comunista?*, en AA.VV., *La Utopía de Tomás Moro. Estudios jurídicos, filosóficos y literarios a 500 años de su publicación*, Universidad de los Andes, 2017, pp. 129-137.

² Vid. D. RAVENTÓS, D. CASASSAS, *Argumentos socialistas en favor de la Renta Básica*, en www.redrentabasica.org, 16 junio 2020.

1.2. La corriente liberal y la utilidad de la renta

De la revolución francesa, aparte de la visión republicana liberal, surge el republicanismo de izquierda, intentando responder también a la cuestión de cómo lograr que los alimentos lleguen a la mesa. Así, Thomas Paine, creyó que la renta era un *derecho*, como el derecho al trabajo y en su texto *Justicia Agraria* (1797) – opuesto como era al monopolio de la propiedad – defendió la necesidad de una pensión vitalicia para toda persona, financiada con un impuesto a la propiedad privada de las tierras³. Charles Fourier, otro representante de la corriente fundacional del socialismo, pensó que en su *Falansterio* (1822), había que fijar un *mínimo* para subsistir, el cual se pagaría como parte de la deuda social y no como un socorro. Así su hombre del futuro no permanecería en la ociosidad. La subsistencia, más que un *derecho*, sería para él una *garantía* de al menos cinco comidas diarias en mesas de tercera categoría. Se brindaría el uniforme de trabajo y un vestido decente; los útiles agrícolas y de manufacturas; un alojamiento individual de un gabinete con alcoba, y el acceso a las salas públicas, fiestas y espectáculos, también en palcos de tercera⁴.

La corriente liberal ha considerado que los gobiernos tienen un deber moral de proteger a los ciudadanos contra las privaciones graves. Un *mínimo* vital constituye al parecer la mejor vía para lograrlo. Hayek, apoyó esta idea, la de un “suelo” del que nadie tiene que caer, incluso, cuando no se es capaz de mantenerse a sí mismo⁵. Friedman, por su parte, defendió la puesta en marcha de un impuesto negativo sobre la renta, acogido por Nixon en 1970, también como un “piso” de seguridad, «para todas aquellas personas en situación de necesidad, sin importar las razones, y que dañe lo menos posible su independencia»⁶. Pero en el liberalismo, dada su naturaleza, no hay unanimidad. Y uno de los que se opone a la renta mínima es Rawls, quien señala que una sociedad para que sea justa, debe más bien maximizar la situación de los más desfavorecidos⁷. En consecuencia, la mínima no sería consistente con ese principio de diferencia entre pobres y ricos, los que recibirían más bien un privilegio adicional. En cambio, Phillipe Van Parijs (1986), señaló a la RBU como la vía capitalista al comunismo y en su ensayo

³ Apud G. PISARELLO, *Vindicación de Thomas Paine*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1999, n. 105, pp. 233-263.

⁴ C. FOURIER, *El Falansterio*, Godot, 2008, pp. 91-128.

⁵ F. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, 1998, pp. 41-56.

⁶ Apud I. FARIZA, *Renta básica: una idea que une a Friedman y Galbraith*, en *elpais.com*, 10 septiembre 2016.

⁷ J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 67 ss.

Libertad real para todos, escrito diez años más tarde, planteó que ello sería posible, si la RBU se convertía en el medio para alcanzar ese fin. La percepción de la misma, aclaró, no haría más rico a los ricos, ya que deberán contribuir con una suma mayor para su financiamiento y tampoco se generarían incentivos negativos como el que las personas no trabajen, además; la misma valora muy especialmente el trabajo no remunerado⁸.

Existe en la izquierda política la concepción general que la renta es un derecho o una garantía que los más potentados deben financiar y en el campo de la derecha, se contemplará como un deber moral. Los modos de hacerlo son variados en cada lado, pero también existen coincidencias muy peculiares. ¿Para qué una renta si hay trabajo? El trabajo representa en la cultura occidental un valor que otorga satisfacción, desarrolla determinadas cualidades y capacidades creativas, disciplina el pensamiento y reduce los comportamientos violentos e intolerantes. El trabajo produce igualmente placer, confianza, trasciende a lo material y multiplica la riqueza. Sin embargo, ello ha cambiado y mucho. No siempre es deseable alguno por el tipo y carga que representa. El contrato social de ampliación de la cobertura de seguridad social, los acuerdos colectivos y la estructura redistributiva, atraviesan ciertamente una crisis que obligará a que en el 2025, más de 100 millones de personas en los países de la OCDE, busquen un nuevo empleo ante la desaparición por siempre del suyo⁹. Es por ello que la renta podría evitar empleos inseguros o extenuantes. La misma puede desarmar uno de los principales mecanismos disciplinarios en las sociedades capitalistas: la naturaleza obligatoria del trabajo asalariado y formar parte de una estrategia liberadora, necesaria ante una cultura laboral en pleno proceso disolutivo en lo que respecta a su jerarquía y autoconformación.

La renta definiría mejores trabajos, porque puede modificar las decisiones en torno a los “contratos basura” por otros mejor posicionados. Aparte de eso, impulsaría una ciudadanía más activa, más interesada por la política y el bienestar cotidiano. La renta les vendría bien a los empleados temporales de gigantes plataformas digitales que se encargan de orientar los consumos y controlar las tareas mentales como los robots hacen con las físicas. Una función que podría serle adjudicada es la de propiciar la riqueza y otorgarle capacidad al sujeto para vencer las tempestades cotidianas y llegar hasta complacer sus caprichos.

Es inevitable no dudar sobre el beneficio de la renta que la sociedad decide concedernos, sólo por el hecho de existir y que mantiene o equilibra el

⁸ P. VAN PARIJS, *Libertad real para todos*, Paidós, 1996.

⁹ Cfr. F. BRIA, *Ingreso Básico y precariedad laboral en la economía de los robots*, en *Nueva Sociedad*, 2019, n. 279, pp. 114-121.

ahorro. El imperativo de la renta surge, porque es el trabajo lo que está en riesgo. La esperanza de escapar de los malos trabajos o del desempleo, afecta especialmente el *modus operandi* de los sindicatos. No deberían éstos dejarla escapar como suplemento, aprovechando el apoyo de ricos empleadores que la defienden. Pero, deberán muy bien definir algunas acciones antes de asumirla por puro realismo o por exceso de incertidumbre. El nuevo *ejército de reserva*, de población excluida por la acción privilegiada del capital financiero, o de la tecnología como vertedero de basura y mano de obra desempleada; obliga a no simplificar. El *fordismo*, aunque es una etapa de la organización de la producción superada, no debería suponer el abandono de la cultura del trabajo y que sobrevenga por su olvido; una división brutal entre los pocos súper ricos y una masa gigantesca de pobres y numerosos consumidores¹⁰.

1.3. La nueva clase trabajadora

Entregar dinero sería la forma más fácil y justa de repartir la riqueza, a modo de ingreso de ciudadanía y como título monetizado de merecimiento social. Pero, el desembolso sin más del efectivo, rara vez ha tenido distinciones y honores en su haber. Y ello es así, porque el Estado de Bienestar no nació para donarle dinero a la gente. En la gran depresión de 1933, el recién electo presidente de los Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, lanzó desde el primer día de su mandato, el *New Deal* como tabla de salvamento: se trataba de emplear a millones de americanos o financiar con subsidios o créditos blandos sus proyectos capitalistas, y, en vez de repartir dinero; se procuraba su creación, generando riqueza. Aparte, familias negras se beneficiaron del bajo costo de los servicios, incluyendo la educación¹¹. La Unión de Trabajadores, el Congress of Industrial Organizations (CIO), recién constituida, organizó la militancia de trabajadores negros y para 1940, alrededor de 200 mil, ya eran cuadros directivos. Sin embargo, 1 de 4 trabajadores estaba desempleado, por lo que el programa *Civilian Conservation Corps (CCC)*, estimuló la contratación de jóvenes entre los 18 y

¹⁰ Súper ricos como Peter Thiel y Marc Andreessen proponen la RBU, porque libera a la gente de la necesidad de ganarse la vida con empleos baratos. Del mismo modo lo hacen Mark Zuckerberg y Elon Musk. Véase S. DEFELIPE, [Renta básica universal: ¿Por qué revive el debate?](#), en [impactotic.co](#), 7 abril 2020.

¹¹ El *New Deal* fue el marco propicio para el movimiento “Harlem Renaissance” conformado por Zora N. Hurston, novelista a la que años después se le reconocería como creadora de un canon literario con su obra *Eyes were watching God*, publicada en 1937. Formaban también parte del movimiento, Waters Turpin y Arna Bontemps, entre otros.

25 años, pagándoles cerca de US\$ 30 por mes. Enrolados para una prestación cuasi militar, alrededor de 2 millones, tomaron parte en programas de conservación de suelos, arborización, mantenimiento de parques nacionales, santuarios de peces y pájaros, entre otros esquemas de tratamiento ecológico del gas, sodio, helio y petróleo.

En 1935, Roosevelt, anuncia un segundo paquete de medidas federales de expansión de la economía, llamado el *segundo New Deal*. En abril de ese año, se crea la Works Progress Administration (WPA) para proveer trabajos a gente desempleada, poniendo el foco en cargos públicos, como el correo, los puentes, las escuelas, parques y en el sector cultura, abrazó a artistas, músicos, escritores y directores de teatro. Ese mismo año, se promulga la ley de seguridad social que con un seguro de cesantía rige hasta hoy, junto con los subsidios a la agricultura que empezaron también en esa época. Sin embargo, la clase trabajadora se irá transformando, muta una parte de *proletaria* a *precaria*. Para justificar la renta sus partidarios dicen que se pasa de recibir un *salario* – con todas sus propiedades e implicancias jurídicas – a obtener un ingreso suplementario. Constituye el «precariado» – dice Standing – «una nueva clase social muy diversa, en la que caben desde los descendientes de las clases trabajadoras a los inmigrantes, pasando por una juventud educada y desempleada, o en condiciones de empleo muy precarias». Es una clase trabajadora no *proletaria*, según él, que debe ganar una renta pagada por el Estado, en vez de un salario pagado por los patronos. Esa renta, debe ser elevada a derecho en el siglo XXI y acabaría de buenas a primeras con el control económico y vigilancia sobre el *precariado* o con cualquier amenaza a la libertad republicana, sin necesidad de condicionar, estigmatizar y disciplinar a la gente¹². *La flexibilización laboral* como dato de la realidad, dice, fuerza al derecho a cambiar, o lo deja simplemente atrás. Cree que no hay manera de evitarla; sino sólo de protegerse ante el fenómeno, recibiendo el ciudadano una renta, «un sueldo extra mensual y pagado por el Estado, que garantice cierta seguridad a los ciudadanos pluriempleados en trabajos precarios y contratos temporales»¹³. Caben dos observaciones a lo señalado por este connotado defensor de la renta básica universal: la primera, es que un ingreso cualquiera se genera a cambio de trabajo, por recibirse un legado o por los dividendos de un capital. Ahora bien, si el mismo se deriva de un derecho, por el sólo hecho de vivir, se justificaría que la recibiesen todos, acaudalados y pobres, pero ello es contradictorio con la idea de que es indispensable en razón de las

¹² C. FRESNADA, *Guy Standing: 'La renta básica ha de ser un derecho'*, en www.elmundo.es, 1º marzo 2015.

¹³ J. BACARDIT, *El 'precariado' es una clase social muy radical, la única que quiere ser lo suficientemente fuerte para abolirse a sí misma*, en www.sinpermiso.info, 3 diciembre 2015.

precarias condiciones de vida del *precariado*. Se eleva a derecho su concesión para asegurar su devengo, pero se le otorga a quien no la necesita realmente; el acomodado y el pobre estarían en un plano de igualdad completamente innecesario. La renta tendría asidero para quien más lo requiera, dispuesta para los alejados de la red de protección social, pero ello la acercaría más a un *ingreso mínimo vital*, como se le conoce en España, que a una renta básica indiscriminada¹⁴.

La segunda puntualización, es que el *precariado* como clase social, es un concepto debatible. Si bien se ha extendido a consecuencia de la globalización, no está lanzado aún fuera de las líneas de la producción y distribución en masa, sigue formando parte de ella. Los proletarios, una buena parte de ellos, son ahora trabajadores precarios, pero no se representan como otra clase social; sino que son producto de la globalización económica. Standing en su defensa advierte que es una clase en formación, a la que llama “rebeldes primitivos” e intenta separarlos de la clase obrera, incapaz de rebelarse. El *precariado* iría ganando apoyos sin constituir “partidos obreros” o “frentes de masas”, lo que; a la vista de las representaciones políticas actuales, no parece estar probado, dado que después del planteo de indocilidad inicial, el contingente obrero va adaptándose al *status quo* y sus dirigentes, por razones electorales, tratarán de captar votantes de otros segmentos.

2. La finalidad del dinero provisto a la gente

Los multilaterales y planificadores de políticas públicas recomiendan que el beneficiario de la transferencia monetaria cumpla con alguna exigencia, indispensable para su desembolso; que demuestre una aptitud o disposición favorable para seguir recibiendo el beneficio. Optaré por el término antes señalado de *ingreso mínimo vital* (IMV) que apunta a lo indispensable y trascendente para poder vivir; que da energía e impulso para actuar. Sin embargo, el énfasis de este ensayo estará puesto en la RBU, donde hay un merecimiento *universal* y sin condición a una renta, mientras que en el caso del IMV, se atiende a la población más pobre con un ingreso *mínimo*¹⁵.

Como en la RBU, el haber que se recibe no está relacionado con la circunstancia de la pobreza, debería de existir alguna diferencia con respecto a las sumas a percibir. Se supone que debería ser más alta que el IMV,

¹⁴ Vid. Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (en BOE, 1º junio 2020).

¹⁵ L. GAYÓN, *Un nuevo contrato social en una nueva economía. Renta Básica Universal y Renta Mínima ¿Soluciones para el futuro?*, en ICE, 2019, n. 911, pp. 93-110.

porque cubriría servicios básicos, los de previsión social, alimento y otros gastos, en tanto que el IMV, al concentrarse sólo en el alimento, sería sustancialmente menor¹⁶.

2.1. Conceptuación jurídico-política

2.1.1. La renta básica como derecho social

La RBU como derecho social, *completa* a los demás. Y aunque no se halla aún inscrito normativamente como tal; es la aspiración del movimiento pro RBU que aspira a su inserción constitucional, consecuencia de un proceso de luchas y reivindicaciones populares, campañas de concienciación e inaplazable necesidad, según sus mentores¹⁷.

La RBU tendría como función política reforzar al Estado de Bienestar, otorgándole una dimensión más amplia y subsidiaria, característica del *estado provisor* y contraria a la del *mercado proveedor*. Al concebir a la RBU como un *derecho social*, la fidelidad a aquél se profundizaría. Ajustado no sólo a reparar contingencias; sino añadiendo una prestación más a las ya existentes. La incondicionalidad, la suficiencia y la universalidad, serán sus características. Salvo algunos requisitos migratorios y de nacionalidad, el enfoque complementario lo que hace es reforzar el *guardabosque* de la seguridad social; le sirve de ideal y consume una cantidad apreciable de tiempo político y legal para postular este universalismo igualitario que va más allá del IMV, cuestionando de paso, a la riqueza privada.

Dado que el empleo no remunerado y el precario, tienen una extensión mayor que el asalariado y el formal, la RBU supliría los bajos ingresos, como dividiendo extra de la *productividad tecno*, por lo que su institucionalización, lo que le saca es provecho a la transformación tecnológica¹⁸. No obstante, para no depender enteramente del *estado provisor* y no ser tampoco una víctima del mercado, Amartya Sen, propone que el ciudadano desarrolle libremente la capacidad de *hacer*¹⁹. La crítica contra el *estado provisor* puede ser más dura, hasta pretender derribar sus cimientos. Se dice en su contra que el mismo es incapaz de amparar a toda la ciudadanía y resulta ya demasiado costoso

¹⁶ En el mejor de los casos, el IMV puede estar cercano al umbral de la pobreza, en tanto que la RBU, cuando se ha pagado, no ha partido de algún índice; sino que depende de la disponibilidad fiscal. En los países industrializados, la cifra de USD 1000 es la utilizada como el referente máximo.

¹⁷ Véase la labor de estas organizaciones en www.economicsecurityproject.org y basicincome.org.

¹⁸ F. BRIA, *op. cit.*, p.121.

¹⁹ A. SEN, *Commodities and Capabilities*, North-Holland, 1985.

seguir financiando sus prestaciones. Se aprende, trabaja y produce y los que no puedan hacerlo por incapacidad, caso fortuito, circunstancia especial o infortunio, recibirán, en última instancia, un IMV. Siguiendo esa corriente, entre la década de los 80 y los 90, las reformas de seguridad social en EEUU y Reino Unido estuvieron orientadas más por el *workfare* que por el *welfare*, procurando sus defensores, una ciudadanía social activa, en vez de una pasiva, indiferente y desesperanzada. Pero como se verá más adelante, aun los que dinamitan las bases del *estado provisor*, defienden a la RBU.

2.1.2. La renta básica como garantía de un derecho

La RBU puede ser vista también como una *garantía*, como un deber del Estado y responder por ella. Marshall, en su ensayo *Ciudadanía y Clase social*, escrito en 1950, expresa que los derechos sociales están al mismo nivel que los civiles y los políticos, pero más allá del aspecto jurídico formal, observa que la ciudadanía se concibe más como una obligación de la comunidad para con sus miembros que como un derecho previo de estos²⁰.

Si hacemos una comparación entre los conceptos, tenemos que: cuando la RBU se presenta como *derecho social*, se exige, pero cuando se trata de una *garantía*, se debe deducir por interpretación, gracias a la fuerza creadora del juez²¹.

2.2. Experiencias

En Dauphin, provincia de Nanitoba en Canadá, entre 1974-1979, los residentes de esa área rural recibieron mensualmente desde 100 dólares canadienses hasta 5.000 por año. Esto permitió mejorar el nivel de vida en muchos aspectos: seleccionar el empleo más conveniente, remunerar el trabajo en el hogar, reducirse las visitas a médicos y hospitales, y, hasta descendieron los accidentes de tránsito. La experiencia volvió a repetirse en

²⁰ Cfr. M. FREIJEIROVARELA, *Un análisis del modelo de ciudadanía de T.H. Marshall*, en *Universitas*, 2005, pp. 63-100. En otro ensayo posterior, Marshall dice que el Estado debe garantizar una provisión mínima de bienes y servicios esenciales (asistencia médica y suministros, casa y educación) o una renta monetaria *mínima* para gastos de primera necesidad, como en el caso de las pensiones de los ancianos, los subsidios sociales y familiares. Cfr. T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clases sociales, cuarenta años después*, en T.H. MARSHALL, T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clases sociale*, Alianz, 2007.

²¹ Cfr. M.L. SORIANO GONZÁLEZ, *La renta básica universal y los programas electorales 2016 de los partidos políticos*, en *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2018, n. 56, pp. 237-245.

3 ciudades de Ontario en el 2017, pero concluyó al año siguiente²².

En Alaska se entrega desde 1982 un cheque anual a cada ciudadano, calculado en función de los ingresos petroleros acumulados en un fondo permanente que ha llegado a otorgar hasta 2000 dólares mensuales por persona. Situado en el extremo noroeste de los EEUU, el extenso territorio tiene poco más de 730 mil habitantes, lo que ha posibilitado el pago del dividendo gracias a los 500 mil barriles diarios que produce el Estado²³. En 2018, el cheque alcanzó los US\$ 1.600 dólares por persona, que en un hogar con cuatro miembros sumaría US\$ 6.400. En 2015, llegó a su máximo histórico con US\$ 2.272 y supondría en un hogar con cuatro integrantes US\$ 8.288, una cantidad considerable para los deciles con menos renta²⁴.

En Carolina del Norte, desde la década de los 90, un casino reparte una pequeña cantidad de dinero a los indios de la reservación cheroqui²⁵. La literatura reseña del mismo modo, el caso de Irán, pero fue más bien concebido como una compensación por la eliminación en el año 2011 de los subsidios a los combustibles, el agua y el pan, entregándose a cada familia alrededor del 29% de la renta media.

En Suiza, se rechaza por referendo la implementación de la RBU en el año 2016. Se propuso que el Estado pagase a cada adulto residente por más de cinco años, una renta mínima de 2.200 euros al mes y 565 euros por niño, a cambio de eliminar todos los subsidios sociales y jubilaciones²⁶. En ninguno de los 26 cantones en los que está dividido el país, se aprobó la propuesta, la que contó con un 22% de apoyo y sus promotores, pese a la derrota, la tomaron como buen augurio para seguir insistiendo en la idea en un futuro²⁷. Los principales partidos rechazaron la RBU al considerar que podía desestimular el trabajo²⁸.

El resultado no sorprendió, era el esperado en un país con muy baja tasa de desempleo y una gran cultura sobre el esfuerzo personal. Hubiese implicado, además, incrementar los impuestos, si bien sus propulsores sostuvieron que era una medida sostenible, si se aplicaban nuevos sobre las

²² V. GIUDICE BACA, O. HAQUEHUA RIMACHI, *Renta básica: las experiencias de Holanda, Suiza, España y Canadá*, en *Pensamiento Crítico*, 2015, n. 2, pp. 79-91.

²³ El pago ha contribuido a aumentar la tasa de fertilidad, siendo uno de los 6 estados que superan los 2 hijos por mujer en edad fértil.

²⁴ V. NIEVES, *¿Una renta básica universal para 'descongelar' el invierno demográfico?*, en www.economista.es, 5 febrero 2020.

²⁵ En el 2015 la RBU representó el 25% del PIB per cápita.

²⁶ LA VANGUARDIA, *Suiza y la renta básica universal*, en www.lavanguardia.com, 6 junio 2016.

²⁷ MB, *En Suiza la población rechazó el plan para que cada ciudadano cobre una «asignación universal» de 2250 euros*, en misionesonline.net, 5 junio 2016.

²⁸ BBC MUNDO, *Suiza rechaza en un referendo el establecimiento de un ingreso mensual incondicional para toda la población*, en www.bbc.com/mundo, 5 junio 2016.

transacciones de capital y se suprimían las ayudas sociales. Ese mismo año, en Kenia, la RBU se financió temporalmente en una zona rural. Y un año después, en Finlandia, una coalición de Gobierno de centroderecha y ultraconservadores, llamados los “Verdaderos Finlandeses”, puso en marcha un proyecto piloto²⁹. El experimento tenía un destinatario específico y no universal: 2.000 personas desempleadas, seleccionadas aleatoriamente, recibirían durante dos años US\$ 685 al mes, sin ningún tipo de condiciones. El objetivo era saber si ello los ayudaría a encontrar trabajo y apoyo en caso de que se vieran obligados a tomar empleos esporádicos. Pese a que los niveles de empleo no subieron, los participantes reconocieron sentirse “más felices y menos estresados”. El programa, asimismo, tenía dentro de sus objetivos, uniformar los 40 tipos de ayudas sociales para reducir el gasto en burocracia y las inequidades que crean³⁰. Los ejemplos presentados no son los únicos, pero son concluyentes para poder afirmar que la RBU o lo que más se aproxima a ella, ha estado concentrada por tiempo determinado en zonas pobres (urbanas o rurales), destinada a trabajadores cesantes la mayor parte de las veces y a modo de experimento local³¹.

3. Enfoques sobre la Renta Básica Universal

3.1. Enfoque pragmático

Si la idea de la RBU funciona, no tiene por qué sorprender su aplicación. Los adeptos a la medida no parten de un presupuesto ideológico. Consideran lo ineludible del asunto por la eficiencia del resultado y aconsejan su experimentación para ir afinando su uso.

Los pragmáticos contrarrestan así las críticas en base a las evidencias que le son favorables: La RBU no hace daño, los millonarios pueden pagarla y hay diferentes medios para costearla, por ejemplo, recortando el gasto militar, fijando un gravamen a las transacciones financieras, por medio del IVA, un

²⁹ Las ayudas económicas en los países africanos y en los EEUU han continuado, son donaciones directas patrocinadas por Google, una cadena de hoteles y algunas fundaciones de caridad.

³⁰ La empresa Y Combinator, un acelerador de empresas que integra la tecnología para distribuir productos de forma exponencial, propuso en 2017, auxiliar a 100 familias con una renta entre USD 1.000 y 2.000 en Silicon Valley. El experimento – promovido por otra organización – se repitió, a una hora y media de distancia, en la ciudad de Stockton, otorgándole a 125 personas, USD 500 durante 18 meses, desde febrero de 2019.

³¹ Para un examen de la evidencia empírica, consúltese a A. TENA CAMPORESI, *La renta basada en la evidencia*, en *Política y Sociedad*, 2018, pp. 851-871.

impuesto al patrimonio o uno negativo a la renta³².

Apoyado en las muestras locales, la RBU puede avanzar bajo la premisa de que el trabajo ya no es una fuente segura de ingreso. Ese es el malestar general percibido en el movimiento de los “Indignados” de mayo de 2011 en España o en el de “Noche en Pie” de marzo de 2016 en Francia. El trabajo no es una fórmula tampoco de reconocimiento social. En la película *Happy as Lazzaro* (2018), hay una escena donde los empleos en los suburbios de Italia se subastan. La puja es al revés de las compraventas de cosas; no es por el precio más alto licitado, por el contrario; gana el empleo el que ofrezca menos por él.

La RBU sería una concesión a dependientes y desplazados por el cambio tecnológico, siendo el caso que; en la OCDE, el 9% de los oficios se perderán a consecuencia del mismo, el 49% estará automatizado y 1 de cada 5 empleos de bajos ingresos, lo estará. No habrá trabajo suficiente, pero sí bonos no salariales y labores sin calificación³³.

La RBU se revela como *un medio* para alcanzar los objetivos de una ciudadanía social, operando para que las oportunidades brindadas en el plano jurídico y político puedan satisfacerse a plenitud. El pragmatismo reemplaza por efectista, los cuestionamientos acerca de si estimula o no la pasividad, además, distrae por completo sobre la procedencia del financiamiento o sobre el dilema (irresoluto), de si la RBU es un *medio* para vivir, o si gracias al dinero de otros; es que se vive, ¡qué más da!

La visión pragmática tiene también un lado negativo y es el uso de la renta como beneficio para el gobierno que la administra, poniéndole freno a la movilización social. Supongamos que calcula, con el propósito de alargar su poder, incrementar la renta de manera fiscalmente irresponsable. La medida seguramente tendrá buena acogida entre la población más pobre, aumentará la autonomía personal, será más holgada la administración del patrimonio y resolverá cuestiones hasta ese momento postergadas, por tanto; se podrá ahora ir un poco más lejos, pero lo que no se sabe es el hasta cuándo. El ejecutivo estima que la disposición lo acercará a un triunfo electoral inminente, aunque el vaticinio no es siempre seguro, porque el proceso de escrutinio de la gestión es más complicado que una simple ayuda y el sostén electoral está constituido por un grupo de medidas y no una en particular. Y, por último; la decisión pragmática puede chocar con las leyes de la economía: el aumento desmedido del subsidio, provocaría el de la demanda, muy por encima de la oferta, incitando de esa forma la inflación, porque

³² A. BATTISTONI, *Luces y sombras del ingreso básico universal*, en *Nueva Sociedad*, 2019, n. 279, pp. 87-101.

³³ 1 de cada 7 horas laborables en el 2030 estará a cargo de robots.

hay más dinero que productos disponibles.

Se habrá convertido la entrega de dinero en un mecanismo nulo de propulsión social. El Estado en rol *misional*, hará al ciudadano más dependiente y fiel a una política económica perversa. Contrario a lo que se cree, estará desconectado de la lucha política, será conformista y reprimido; no cesará su dependencia, no bregará por su bienestar; sino que esperará a que le sea provisto.

3.2. Enfoque racional

La RBU tiene carácter transversal a los credos y estrategias partidistas, gracias a su argumento simple y directo. Es una post verdad que desviste a cualquier ideología. En consecuencia, es apoyada, *desde o fuera* del Estado de Bienestar, planteada como un *complemento* del *estado provisor* o como una *alternativa sustituta* a éste.

El enfoque racional se diferencia del pragmático, porque se concentra tanto en los resultados como en los presupuestos discursivos. Lo que hace es justificar la RBU antes de ponerla a prueba. Los errores que se cometan y las correcciones que se hagan, no impiden su lógica, sus posibilidades reparatorias y su elección irrevocable; más allá del espíritu de facción. La izquierda cree que es la mejor manera de socializar el producto y la derecha señala que la RBU es luminosa para el futuro post industrial. Aceptarla, aún desde perspectivas tan disímiles, arroja no pocas coincidencias: la provisión de dinero ayudaría a potenciar el tiempo familiar y el escolar, el rendimiento en todos los aspectos se incrementaría y del mismo modo; la seguridad económica, el bienestar mental y la igualdad de género; ayudaría a disminuir la delincuencia, la violencia doméstica y las consultas médicas³⁴. De allí que reciba tan amplio apoyo de ambos espectros políticos. Sin embargo, llama la atención que su aplicación no sea generalizada y permanente, a decir de las experiencias vistas y que no siempre encajan en el concepto³⁵.

Las reticencias en ambos lados del campo ideológico también son notables. En la izquierda, la RBU es rechazada, porque elimina el poder de negociación de los sindicatos y da alas a quienes piden mayor flexibilidad

³⁴ Algunos de estos logros (seguridad económica y bienestar mental), fueron alcanzados en la prueba piloto practicada en Finlandia. Véase AGENCIA EFE, [La renta básica de Finlandia mejoró el bienestar y la seguridad económica, pero no estimuló la búsqueda de empleo](#), en [www.economista.es](#), 6 mayo 2020.

³⁵ Existen 2 posiciones que critican a la RBU, una que dice que es utilizada para abaratar costos laborales y beneficios sociales. Y otra que señala que siendo alcanzada sin esfuerzo alguno; no sería recomendable para el fomento del trabajo y demás valores sociales.

en el mercado de trabajo; mientras en la derecha, el tono de rechazo se eleva por la inflación que provoca y por el efecto desincentivador del trabajo.

3.3. Enfoque productivista

Los trabajos por “encargo” o “por llamada”, son generalmente inseguros y mal remunerados. Y está visto que las personas necesitan algo más que un salario para cubrir sus gastos, por lo que la RBU es un mecanismo de protección en la *gig economy*. Luis Moreno, en su ensayo *Ciudadanos Precarios* propone una RBU para quienes se queden parados o no puedan conseguir trabajos suficientemente remunerados en aquellos Estados de Bienestar maduros y de rentas altas, generalizando así, el derecho ciudadano a un ingreso³⁶.

El planteo productivista encierra una obligación moral, forjada en el *tecno capitalismo*, la de ayudar a los desplazados por los robots que son más inteligentes y eficientes. Es el nuevo contrato social. El objeto de la RBU, es hacer atractiva esta nueva etapa capitalista y compensar resultados sociales muy dispares. Es lo que sostiene Andy Stern en su obra *Raising the Floor*, en la que la RBU se usaría como suplemento del empleo y para reconstruir el sueño americano³⁷.

La RBU en esta versión de Silicon Valley se justifica, porque la riqueza, creciente y exponencial, será capaz de repartirse y apoyar con un remanente piadoso a los desempleados. Es la era del post trabajo, lo que Rutger Bregman en su libro *Utopía para realistas* señala como la sustituta de la de Moro; de no tener que trabajar por nada y gratificar al ocio, mejorando la salud, el rendimiento escolar y disminuyendo de paso, la delincuencia. En uno de los capítulos del libro se anima a proponer, como Keynes, una semana laboral de 15 horas para reducir los accidentes laborales, el estrés, el desempleo y ayudar en la adaptación de sociedades que envejecen rápido³⁸.

La otra gran motivación en este enfoque, es la de privilegiar la libertad de mercado y frenar cualquier tentativa de impuesto sobre las ganancias de capital. Por lo que, el *capitalismo digital* establece a la RBU como una medida de asistencia social, aunque universal, ceñida a los efectos de una producción tecnológica que ha abaratado los empleos, a la vez que bonifica

³⁶ L. MORENO, *Ciudadanos precarios. La “última red” de protección social*, Ariel, 2000.

³⁷ Aparte de Stern, en la política norteamericana más reciente, varios miembros del partido demócrata han planteado la RBU, como Kamala Harris, Julián Castro, Cory Booker y Andrew Yang. Cfr. A. STERN, *Raising the Floor*, Public Affairs, 2016.

³⁸ R. BREGMAN, *Utopía para realistas*, Salamandra, 2017.

las altas calificaciones. Es una interpretación nueva y actualizada de las antiguas *leyes de pobres*, sin criterios residuales y exigencia de prueba de necesidad. Se designa a toda la población como beneficiaria, porque computadoras y robots, causan efectos colaterales a causa de: ocupaciones agobiantes y siempre urgentes, incluso, después de los tiempos de conexión, o porque la justicia del trabajo no puede corregir los entuertos de la intermediación, o por la individualización del empleo, las exigencias desreguladas y el fin de las carreras laborales.

4. Conclusiones

El trabajo ha sido visto como bueno y sano, desarrolla los fundamentos de la solidaridad social y es promotor de la riqueza. Lo que la democracia del bienestar ha combatido es el mal pagado, inseguro y esclavo.

El proyecto de vida a través del trabajo y su red de protección, no estaría completo sin la libertad. Trabajar con y en libertad, sin control político y sin sacrificar la salud, es la causa común de la justicia internacional, entrelazada con las constituciones nacionales en las sociedades abiertas.

Un subsidio universal podría en ese contexto incluirse como un derecho social, sin degradar a los demás, completando un ingreso, cubriendo con un efectivo extra, otras necesidades y problemas cotidianos. Podría además constituir un dique contra el populismo, salvo que después sea suspendido o su monto no permita la libre disposición de la voluntad. Pero de la renta universal no hay evidencia aún, salvo experimentos temporales, iniciativas rápidamente abandonadas y otras que han sido de plano rechazadas u olvidadas.

Las democracias están sujetas a circunstancias globales insoportablemente volátiles, sometidas a restricciones contraproducentes, a debilidades muy serias en lo que respecta a la aplicación de la justicia laboral y de la seguridad social, a una variedad de desafíos como los migratorios, el envejecimiento poblacional y las consecuencias de una pandemia, que va a dificultar aún más; la vida ya atroz y miserable de millones de personas. Entregar dinero sin condición, sin justificación, entre la miseria y la ostentación, como si no hubiese ninguna diferencia, evita que el argumento de la Renta Básica Universal prospere, sin importar su sencillez o practicidad, racionalidad o enfoque productivista.

Es más común el Ingreso Mínimo Vital, dedicado a hundir a la pobreza y amparar al desempleado. Dependiendo del diseño y de la burocracia, puede funcionar y sacar gente de la penuria, pero si la administración es frágil o actúa bajo el desiderátum clientelar, no cumplirá sus propósitos.

La racionalidad conservadora pretende sustituir a las demás rentas y servicios por un único subsidio universal y más allá de su defensa, moralmente piadosa; no resolverá las adversidades personales ni las contingencias sociales, poniendo sólo en la mesa aquellos bienes primarios para que la gente pueda vivir un día más, después de una jornada desordenada y sin mayor suerte.

5. Bibliografía

AGENCIA EFE, [La renta básica de Finlandia mejoró el bienestar y la seguridad económica, pero no estimuló la búsqueda de empleo](#), en [www.eleconomista.es](#), 6 mayo 2020

ARANCIBIA MATTAR J., *Utopía y propiedad privada: ¿un manifiesto comunista?*, en AA.VV., *La Utopía de Tomás Moro. Estudios jurídicos, filosóficos y literarios a 500 años de su publicación*, Universidad de los Andes, 2017

BACARDIT J., [El 'precariado' es una clase social muy radical, la única que quiere ser lo suficientemente fuerte para abolirse a sí misma](#), en [www.sinpermiso.info](#), 3 diciembre 2015

BATTISTONI A., *Luces y sombras del ingreso básico universal*, en *Nueva Sociedad*, 2019, n. 279, pp. 87-101

BBC MUNDO, [Suiza rechaza en un referendo el establecimiento de un ingreso mensual incondicional para toda la población](#), en [www.bbc.com/mundo](#), 5 junio 2016

BOTTOMORE T., *Ciudadanía y clases sociales, cuarenta años después*, en T.H. MARSHALL, T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clases sociales*, Alianz, 2007

BREGMAN R., *Utopía para realistas*, Salamandra, 2017

BRIA F., *Ingreso Básico y precariedad laboral en la economía de los robots*, en *Nueva Sociedad*, 2019, n. 279, pp. 114-121

DEFELIPE S., [Renta básica universal: ¿Por qué revive el debate?](#), en [impactotic.co](#), 7 abril 2020

FARIZA I., [Renta básica: una idea que une a Friedman y Galbraith](#), en [elpais.com](#), 10 septiembre 2016

FOURIER C., *El Falansterio*, Godot, 2008

FREIJEIROVARELA M., *Un análisis del modelo de ciudadanía de T.H. Marshall*, en *Universitas*, 2005, pp. 63-100

FRESNADA C., [Guy Standing: 'La renta básica ha de ser un derecho'](#), en [www.elmundo.es](#), 1º marzo 2015

GAYÓN L., *Un nuevo contrato social en una nueva economía. Renta Básica Universal y Renta Mínima ¿Soluciones para el futuro?*, en *ICE*, 2019, n. 911, pp. 93-110

- GIUDICE BACA V., HAQUEHUA RIMACHI O., *Renta básica: las experiencias de Holanda, Suiza, España y Canadá*, en *Pensamiento Crítico*, 2015, n. 2, pp. 79-91
- HAYEK F., *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, 1998
- LA VANGUARDIA, *Suiza y la renta básica universal*, en www.lavanguardia.com, 6 junio 2016
- MB, *En Suiza la población rechazó el plan para que cada ciudadano cobre una «asignación universal» de 2250 euros*, en misionesonline.net, 5 junio 2016
- MORENO L., *Ciudadanos precarios. La “última red” de protección social*, Ariel, 2000
- NIEVES V., *¿Una renta básica universal para ‘descongelar’ el invierno demográfico?*, en www.economista.es, 5 febrero 2020
- PISARELLO G., *Vindicación de Thomas Paine*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1999, n. 105, pp. 233-263
- RAVENTÓS D., CASASSAS D., *Argumentos socialistas en favor de la Renta Básica*, en www.redrentabasica.org, 16 junio 2020
- RAWLS J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1971
- SEN A., *Commodities and Capabilities*, North-Holland, 1985
- SORIANO GONZÁLEZ M.L., *La renta básica universal y los programas electorales 2016 de los partidos políticos*, en *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2018, n. 56, pp. 237-255
- STERN A., *Raising the Floor*, Public Affairs, 2016
- TENA CAMPORESI A., *La renta basada en la evidencia*, en *Política y Sociedad*, 2018, pp. 851-871
- VAN PARIJS P., *Libertad real para todos*, Paidós, 1996

Web sites

Basic Income Earth Network (BIEN): <https://basicincome.org/>

Economic Security Project: <https://www.economicsecurityproject.org/>

Normativa

Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, en *BOE*, 1º junio 2020

Discapacidad y empleo en España: una perspectiva histórica sobre su evolución normativa a la luz del modelo social

David GUTIÉRREZ COLOMINAS*

RESUMEN: La implementación del paradigma social de tratamiento de la discapacidad ha constituido un desafío internacional que ha exigido distintos cambios normativos. La exigencia de entornos adaptados a las necesidades de las personas con discapacidad se ha consolidado como una premisa del citado modelo, como consecuencia de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad y de la Directiva 2000/78/CE. Y ante este escenario, este artículo aborda cómo se ha afrontado normativamente la implementación del modelo social, examinando a tal efecto el marco jurídico español. Así, partiendo del art. 49 de la Constitución Española, esta contribución examina las distintas normas que han abordado la integración de las personas con discapacidad en el empleo (Ley 13/1982, Ley 51/2003, Ley 26/2011 y RDL 1/2013), a fin y efecto de concretar si la implementación jurídica del modelo social de tratamiento de la discapacidad, reivindicada especialmente por el TJUE a través de sus pronunciamientos judiciales, ha sido asumida en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: Personas con discapacidad, Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, modelo social de tratamiento de la discapacidad, igualdad de oportunidades, no discriminación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El art. 49 CE como punto de partida. 3. La configuración del empleo de las personas con discapacidad en la etapa postconstitucional: la LISMI. 4. La creciente importancia de la igualdad de oportunidades y no discriminación como primera manifestación del modelo social de tratamiento de la discapacidad: la LIONDAU. 5. El impacto de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español: la Ley 26/2011. 6. El RDL 1/2013 como manifestación jurídica más reciente del modelo social de discapacidad. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Profesor Lector (Acreditado Contratado Doctor), Universidad Autónoma de Barcelona (España).

Disability and Employment in Spain: a Historical Perspective on Its Regulatory Evolution in the Light of the Social Model

ABSTRACT: The implementation of the social paradigm for the treatment of disability has been an international challenge that has required various regulatory changes. Adapted environments to the needs of people with disabilities has been consolidated as a premise of the aforementioned model, as a result of the Convention of Rights of Persons with Disabilities and Directive 2000/78/EC. In this scenario, this article discusses, from a regulatory approach, the implementation of the social model in Spain. Specifically, the aim of this contribution is to determine whether the legal implementation of the social model of treatment of disability, especially claimed by the CJEU through its judicial pronouncements, has been assumed in the Spanish legal system. Thus, art. 49 of the Spanish Constitution, Act No. 13/1982, Act No. 51/2003, Act No. 26/2011 and Royal Legislative Decree No. 1/2013 will be examined.

Key Words: People with disabilities, Convention of Rights of Persons with Disabilities, social model of treatment of disability, equal opportunities, non-discrimination.

1. Introducción

La regulación del empleo de las personas con discapacidad ha experimentado un crecimiento exponencial a lo largo de las últimas décadas. Ya sea desde una óptica internacional o europea, las instituciones han procurado integrar de manera progresiva a este colectivo, a fin y efecto de lograr una igualdad real de oportunidades. Claros ejemplos de manifestaciones normativas en este sentido han sido la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación o la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), que se han encargado de implementar el denominado modelo social de la discapacidad. Este paradigma parte del reconocimiento de la existencia y ejercicio de los derechos básicos universales a las personas con discapacidad, y concibe la discapacidad como un fenómeno social¹, creado y modelado por la sociedad², rechazando así la existencia de limitaciones individuales³. De esta manera, los distintos fenómenos normativos que se han producido en los últimos años, y que han afectado directamente al ordenamiento jurídico español, persiguen la valoración de las circunstancias personales y de los entornos de participación social a fin de detectar y suprimir barreras que dificultan la integración de las personas con discapacidad.

Desde una perspectiva judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha hecho eco de la vocación integradora que proclama la Directiva 2000/78/CE y la CIDPD. Si bien es cierto que en un momento inicial la atención prestada por el TJUE a este colectivo fue prácticamente inexistente, la ratificación de la CIDPD por parte de la Unión Europea significó un cambio de enfoque significativo en la defensa y garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. El exponente más claro lo hallamos en el asunto *HK Danmark*⁴. Este pronunciamiento, que fue pionero al asimilar la enfermedad

¹ Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, *El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 1, p. 1.

² Vid. M.A. STEIN, *Disability Human Rights*, en *California Law Review*, 2007, vol. 95, n. 1, p. 86, que sostiene que el entorno social desempeña un papel crucial en la creación del concepto de discapacidad.

³ Tal y como señala F. VALDÉS DAL-RÉ, *Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, 2005, p. 372, «el problema principal [...] no reside en la persona del discapacitado, sino fuera de ella, en la sociedad, derivando de las estructuras, prácticas y comportamientos que impiden a determinadas personas hacer uso de sus capacidades».

⁴ STJUE 11 abril 2013, *HK Danmark*, en representación de *Jette Ring c. Dansk almennyttigt*

a la discapacidad a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE, simbolizó un cambio de tendencia respecto a la interpretación del concepto de persona con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad.

Desde ese momento, el TJUE ha abogado por expandir el concepto de persona con discapacidad, al amparo del art. 1 CIDPD, incluyendo por ejemplo la obesidad⁵, si bien también ha excluido otras situaciones más discutibles, como, por ejemplo, la de una trabajadora que no puede gestar hijos⁶. De forma más actual, también se han abordado temáticas estrechamente vinculadas al concepto de persona con discapacidad, tales como el requisito de larga duración exigido para la existencia de una discapacidad⁷, la delimitación de conceptos nacionales cercanos a la discapacidad⁸ o la aplicación de la protección por discapacidad a grupos homogéneos que comparten la existencia de una o varias circunstancias protegidas por la Directiva 2000/78/CE⁹, siendo España uno de los países más activos¹⁰.

Esta expansión simboliza el tránsito del modelo médico al paradigma social de tratamiento de la discapacidad en el plano jurídico, y tiene implicaciones en la configuración nacional de los distintos países que componen la Unión Europea. Y es en este punto en el que surge la hipótesis de este estudio, que se concreta en determinar si la implementación jurídica del modelo social de tratamiento de la discapacidad, reivindicada especialmente por el TJUE a través de sus pronunciamientos judiciales, ha sido asumida en el ordenamiento jurídico español.

Para ello, esta contribución efectuará una aproximación de carácter histórico, partiendo como punto de inicio de la constitución española

Boligselskab (C-335/11) y HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S (C-337/11), asunto acumulados C-335/11 y C-337/11.

⁵ Cfr. STJUE 18 diciembre 2014, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, asunto C-354/13, y STJUE 18 enero 2018, *Carlos Enrique Ruiz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares, S.A., y Ministerio Fiscal*, asunto C-270/16.

⁶ Vid. STJUE 18 marzo 2014, *Z c. A Government department y The Board of management of a community school*, asunto C-363/12.

⁷ Vid. STJUE 1º diciembre 2016, *Mohamed Daouidi c. Bootes Plus, S.L., y otros*, asunto C-395/15.

⁸ Vid. STJUE 11 septiembre 2019, *DW c. Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, asunto C-397/18.

⁹ Vid. STJUE 26 enero 2021, *VL c. Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, asunto C-16/19.

¹⁰ Los órganos judiciales españoles han planteado un total de 4 cuestiones prejudiciales, que derivaron en las siguientes sentencias: STJUE 11 julio 2006, *Sonia Chacón Navas c. Euresst Colectividades SA*, asunto C-13/05; asunto *Daouidi*, cit.; asunto *Ruiz Conejero*, cit.; asunto *DW*, cit.

(1978). Y en este sentido, será examinada la evolución de dos instituciones que han sido especialmente significativas en la materialización del modelo social: el concepto de persona con discapacidad y la regulación de la obligación de realizar ajustes razonables, omitiendo a tal efecto el marco regulador de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad¹¹. En consecuencia, la estructura de este estudio parte del examen del art. 49 de la Constitución Española (CE), y continúa analizando cronológicamente las normas más relevantes que han configurado el tratamiento de la discapacidad en el ámbito del empleo, que son la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), la Ley 26/2011, de 1º de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPCD).

2. El art. 49 CE como punto de partida

La regulación constitucional del empleo de las personas con discapacidad fue un hito histórico, no sólo en el ordenamiento jurídico español, sino incluso a nivel europeo¹². Ciertamente, existieron normas preconstitucionales que procuraron una protección hacia este colectivo¹³,

¹¹ Un estudio en profundidad sobre esta cuestión puede hallarse en D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 120, pp. 41-58.

¹² España, junto a Portugal, fueron los dos países europeos pioneros en la inclusión de un precepto constitucional sobre esta materia, tal y como han señalado R. DE LORENZO GARCÍA, *Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, 2007, pp. 512 y 536-550, y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2008, n. 2, p. 1 (versión electrónica).

¹³ Véase, por ejemplo, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, la Orden de 24 de junio de 1946 sobre despido de Caballeros mutilados o mutilados accidentales, la Orden de 31 de mayo de 1950 por la que se impone a las Empresas la obligación de reintegrar sus puestos de trabajo a los declarado de nuevo aptos para el mismo o el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos, por citar algunas de las más relevantes.

pero lo hicieron desde una óptica médica, que situaba a las personas con discapacidad no como sujetos de derechos o en aras de fomentar su inclusión, sino como receptores pasivos de ayuda médica.

En este contexto, las personas con discapacidad reivindicaban un mayor protagonismo social, y el texto constitucional recogió esta circunstancia en el art. 49 CE¹⁴. De esta manera, el citado precepto constituye el fundamento jurídico constitucional, inexistente hasta la fecha en nuestro país, de la política española de integración laboral de las personas con discapacidad.

El texto constitucional abrió así una nueva etapa histórica, en la que expandió la igualdad sustancial, predicada en el art. 9.2 CE, al empleo de las personas con discapacidad, a fin de garantizar el derecho al trabajo del art. 35.1 CE a este colectivo. Concretamente, el art. 49 CE constituyó un mandato integral de adopción de medidas específicas dirigidas «a superar la desventaja fáctica en la que se encuentran las personas con discapacidad en sociedad, compensando la desigualdad de oportunidades y posibilidades»¹⁵, entre otros¹⁶. A través de un precepto que concentra sus esfuerzos en favor de este colectivo, se obligó a los poderes públicos a «realizar una política de [...] integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos». De esta manera, se convirtió en «una imposición específica del principio constitucional de igualdad que se ha venido articulando a través de un catálogo muy amplio y variado de medidas de fomento y estímulo»¹⁷, aunque debe destacarse el marcado carácter asistencial de su configuración¹⁸.

¹⁴ Sobre esta cuestión, R. DE LORENZO GARCÍA, *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 94, señala que el texto constitucional deseó que determinados sectores de la sociedad española se vieran protagonistas directos de la Constitución, y a la vez, se pretendió expresar el modelo de sociedad democráticamente avanzada y de Estado de Derecho que garantizara un orden económico y social justo del que habla el preámbulo constitucional.

¹⁵ Vid. C. NUÑEZ GONZÁLEZ, *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela Libre, 2000, p. 40. En este mismo sentido, véase también M. AZNAR LÓPEZ, E. NIÑO RÁEZ, F.C. SAINZ DE ROBLES, P. AZÚA BERRA, *Integración social de los minusválidos: comentarios a la ley 13/1982, de 7 de abril*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1982, p. 24.

¹⁶ En efecto, el alcance del art. 49 CE incluye una visión integral que alcanza a la previsión, el tratamiento, la rehabilitación y la integración de las personas con discapacidad, tal y como ha señalado R. DE LORENZO GARCÍA, *Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado*, cit., p. 515.

¹⁷ Véase M.M. RUIZ CASTILLO, *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, 2010, p. 85.

¹⁸ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El empleo de las personas con minusvalía*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 1, p. 5 (versión electrónica), que critica

Sin embargo, el art. 49 CE planteó un problema clave de eficacia, ya no sólo por su alineación con el paradigma médico de tratamiento¹⁹, sino debido a su ubicación en el texto constitucional. En efecto, su exclusión del Capítulo II, caracterizada como voluntarista por la doctrina²⁰, convirtió a este mandato constitucional en una mera guía interpretativa *ex* art. 53.3 CE, que «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Es cierto que la protección constitucional de los derechos de las personas con discapacidad no se limita única y exclusivamente al contenido del art. 49 CE, lo que ha llevado a algún autor a sostener su voluntad reforzadora en el marco de la actuación de los poderes públicos²¹, pero la colocación de un mandato clave para la inserción laboral de este colectivo como es el art. 49 CE, separado del Capítulo II CE, simbolizó una apuesta poco inclusiva o limitada desde un punto de vista práctico²². Así pues, nos encontramos ante un principio rector de eficacia limitada, aunque con aspiraciones normalizadoras.

En conclusión, el legislador constitucional mostró una inclinación por establecer un fundamento constitucional que significase un cambio radical respecto al planteamiento adoptado hasta la fecha en materia de inclusión laboral de las personas con discapacidad. Situó a los poderes públicos como garantes de los derechos de este colectivo y les obliga a adoptar políticas integradoras, hecho este que ha sido interpretado por algunos sectores de la doctrina científica como una declaración de intenciones a propósito de la implementación de medidas de acción positiva²³, e incluso como manifestación embrionaria del modelo social²⁴.

la apuesta por un modelo paternalista y la lejanía respecto a tendencias antidiscriminatorias incipientes, en aquel momento, a nivel europeo.

¹⁹ Vid. A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, 2015, p. 17.

²⁰ Vid. R. DE LORENZO GARCÍA, *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, cit., p. 94.

²¹ Así lo señala J. PÉREZ PÉREZ, *Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova, 2015, p. 150.

²² Vid. E. DE LA VILLA, J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991, p. 11 *in fine*.

²³ Vid. R. DE ASIS ROIG, I. CAMPOY CERVERA, M.A. BENGOCHEA GIL, *Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *op. cit.*, pp. 119-132.

²⁴ Véase B. QUINTANILLA NAVARRO, *Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *op. cit.*, p. 222, que señala que en el art. 49 CE se pueden entrever los dos modelos de tratamiento de la discapacidad, «por un lado aquella concepción individualista que se apoyaba en una calificación médico-sanitaria, y por otro, la concepción social que pone el énfasis en la responsabilidad social sobre los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad y la libertad reales».

3. La configuración del empleo de las personas con discapacidad en la etapa postconstitucional: la LISMI

Tras la aprobación de la CE, el legislador instrumentó distintas normas reguladoras del empleo de las personas con discapacidad. La más significativa fue la LISMI, si bien no fue la única²⁵.

La LISMI nació con la pretensión de desarrollar normativamente el art. 49 CE, y se convirtió en la norma de referencia en materia de integración de las personas con discapacidad, «agrupando las distintas medidas en razón de una circunstancia subjetiva del beneficiario y no por su naturaleza»²⁶. Si bien ha sido calificada como una norma excesivamente paternalista²⁷, la voluntad de integrar la regulación de distintos aspectos perseguía la creación de un marco jurídico sólido y unitario que garantizase la integración social, y no sólo la inserción laboral, de las personas con discapacidad.

En líneas generales, la LISMI pareció asumir un enfoque muy próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad, especialmente por la multitud de aspectos abordados, pero la definición de discapacidad que ofreció y su contenido, como veremos a continuación, alejan al texto de este modelo de tratamiento, pudiendo afirmarse, pues, una mayor proximidad al modelo rehabilitador²⁸. Sin embargo, se ha de destacar la clara

²⁵ Entre las más destacadas encontramos el RD 1451/1983, que contempla el desarrollo reglamentario de la LISMI en materia de incentivos y empleo selectivo; el RD 383/1984, de 1º de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; el Orden de 8 de marzo de 1984 por la que se establece el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y subsidios previstos en el RD 383/1984, de 1º de febrero, que se encuadran específicamente en el ámbito prestacional de la Seguridad Social; y el RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, que se encarga de regular aspectos sobre el empleo protegido de este colectivo.

²⁶ Así lo constata S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación*, en *Temas Laborales*, 1986, n. 7, p. 52, que señala, a su vez, que la pretensión globalizadora de la LISMI es la manifestación del compromiso asumido por los poderes públicos ex art. 49 CE. En este mismo sentido, véase también V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, n. 101, p. 78.

²⁷ Vid. R. DE LORENZO GARCÍA, A. PALACIOS, *Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional*, en J. LAORDEN (dir.), *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, vol. 1, p. 76, que constatan el marcado carácter prestacional de la LISMI, que persigue «la facilitación de medios e instrumentos a personas con discapacidad para hacer frente a las dificultades derivadas de la discapacidad».

²⁸ Vid. A. PALACIOS RIZZO, L. PÉREZ BUENO, *La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *op. cit.*, p. 149, que señala

voluntad de aproximarse al paradigma social, especialmente si tenemos en cuenta el escenario normativo internacional vigente en aquel momento²⁹, toda vez que instrumentó, además de la cuota de reserva de empleo, distintas ayudas destinadas a la adaptación del puesto de trabajo.

El contenido de la LISMI optó por una regulación parcelada, a fin de lograr una integración plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad³⁰. Así pues, el diagnóstico y valoración de la discapacidad, el sistema de prestaciones sociales y económicas o la educación son algunos de los ámbitos en los que el legislador quiso prestar especial atención. Sin embargo, la integración laboral se basó en la recuperación profesional de este colectivo³¹, y este aspecto originó ciertas contradicciones con la plena inclusión en la sociedad, ya que mantuvo el paradigma médico de tratamiento de la discapacidad.

Una novedad que merece especial atención fue la regulación legal del concepto de persona con discapacidad. El art. 7.1 LISMI lo definió como aquella persona «cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales». Como puede observarse, esta caracterización se aproximaba tímidamente al modelo social de tratamiento de la discapacidad, ya que introdujo la afectación a las posibilidades de integración educativa, laboral o social como elemento central, evitando así referencias excesivamente restrictivas³², o a deficiencias congénitas o sobrevenidas³³.

A propósito de la integración laboral, el enfoque legal asumido fue especialmente integrador ya que el art. 37 LISMI distinguió por primera vez

que esta circunstancia se halla vinculada al momento en el que nació la norma.

²⁹ En el año 1982, el estándar normativo sobre el tratamiento de la discapacidad a nivel internacional era la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, cuya característica principal fue su aproximación a la discapacidad desde la perspectiva médica, bajo el pretexto de curar a las personas con discapacidad, y con un enfoque claramente negativo de las capacidades de este colectivo, tal y como se detalló en profundidad en el § 2.2.1 de este estudio. Así, queda patente el carácter vanguardista de la LISMI, manifestado en la introducción de medidas inclusivas de tratamiento de la discapacidad, que hizo un esfuerzo por acercarse al modelo social cuando la tendencia que imperaba era la del modelo médico y de rehabilitación. En este sentido, véase *idem*.

³⁰ Tal y como apunta R. ESTEBAN LEGARRETA, *Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad*, en *Documentación Laboral*, 2001, n. 64, pp. 127-128, el legislador introduce una intervención en distintos ámbitos en aras de apostar por la normalización de este colectivo.

³¹ Véase arts. 32-36 LISMI.

³² Véase S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 53 *in fine*.

³³ *Vid.* R. ESTEBAN LEGARRETA, *Contrato de trabajo y discapacidad*, *Ibidem*, 1999, p. 47.

entre empleo ordinario y protegido³⁴, y priorizó la integración laboral de las personas con discapacidad en el medio ordinario. La prestación de servicios en centros especiales de empleo se reservó a aquellas personas que «por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales»³⁵. Este planteamiento fue claramente tributario del paradigma social de tratamiento de la discapacidad, y supuso una gran aportación para el empleo de este colectivo, que ha perdurado a lo largo de los años hasta la aprobación del RDL 1/2013.

De forma más concreta, el legislador recuperó la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad³⁶ (art. 38.1 LISMI), e incluyó la concesión de distintas ayudas dirigidas a la adaptación del puesto de trabajo (art. 38.4 LISMI). Sin embargo, la eficacia de ambas medidas fue especialmente discutida, pese a que, sobre el papel, eran especialmente vanguardistas en el escenario europeo³⁷. En efecto, el cumplimiento de la reserva de cuota fue muy reducido, debido principalmente a la escasa acción administrativa para aplicar las sanciones por su incumplimiento³⁸, y a la ausencia de un desarrollo reglamentario³⁹. A esta circunstancia debe sumarse un primer acto de presencia de la adaptación del puesto de trabajo, a través del art. 38.4 LISMI, cuya importancia pasó prácticamente desapercibida como consecuencia de su falta de caracterización. Así, la inserción laboral de las personas con discapacidad pivotó exclusivamente sobre la cuota de reserva de empleo y la previsión de incentivos, sin prestar especial importancia a otras medidas como la adaptación del puesto de trabajo.

³⁴ Vid. P. TUSET DEL PINO, *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, 2000, p. 96.

³⁵ Véase art. 41 LISMI.

³⁶ Esta medida de acción positiva directa se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español mediante el art. 11 del Decreto 2531/1970, pero la aprobación del RD 1327/1981 de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos*, derogó *de facto* el Decreto 2531/1970. Ello supuso que durante el periodo que transcurrió entre la entrada en vigor del RD 1327/1981 de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos* y de la LISMI, la reserva de cuota no era exigible en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, su configuración fue poco precisa y afectó a su exigencia. En este sentido, J. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 155-156, señaló que la falta de claridad impedía determinar con seguridad qué personas podían incluirse a efectos de dar por cumplida la reserva de cuota.

³⁷ Así lo indica J. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 370-371.

³⁸ *Ibidem*, pp. 371-372.

³⁹ Vid. R. ESTEBAN LEGARRETA, *La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, n. 1.

4. La creciente importancia de la igualdad de oportunidades y no discriminación como primera manifestación del modelo social de tratamiento de la discapacidad: la LIONDAU

Tras el fracaso de la LISMI en su puesta en práctica, la regulación del empleo de las personas con discapacidad asumió un nuevo enfoque basado en la igualdad de oportunidades y no discriminación, que era coincidente con la visión propugnada por la Directiva 2000/78/CE⁴⁰. La normalización se instituyó como la apuesta generalizada del legislador, evitando en la medida de lo posible intervenciones segregadoras de los poderes públicos, y otorgando una mayor importancia a la adaptación del entorno como medida para favorecer el ejercicio de los derechos de este colectivo. Claros exponentes normativos de esta tendencia los hallamos en la LIONDAU y la posterior transposición de la Directiva 2000/78/CE, efectuada mediante la Ley 62/2003. Estas dos normas actuaron a modo de antesala a la CIDPD que simbolizó la irrupción del modelo social, cuya implementación a nivel español se llevó a cabo formalmente mediante la Ley 26/2011.

Entrando a examinar la LIONDAU, esta se gestó como una norma que pretendía complementar la LISMI⁴¹. La finalidad de la norma era actualizar el marco jurídico de tratamiento de este colectivo, y para ello, plasmó una visión fundamentada en el modelo social de tratamiento de la discapacidad⁴², en la que asumieron una gran importancia la valoración de los obstáculos sociales y condiciones limitativas inherentes en la propia sociedad bajo el patrón de la persona media o ciudadano normal. De esta manera, el legislador introdujo nuevas estrategias de intervención que

⁴⁰ Para un estudio en profundidad sobre las implicaciones de la Directiva 2000/78/CE, véase el § 2.1 de D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, 2019, pp. 55-79.

⁴¹ La exposición de motivos de la LIONDAU lo señala expresamente, al indicar que: «Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad». En este mismo sentido, R. DE LORENZO GARCÍA, *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, cit., p. 107 señala que esta ley no deja de ser una nueva formulación de diversos aspectos regulados ya en la LISMI.

⁴² Según A. PALACIOS RIZZO, L. PÉREZ BUENO, *op. cit.*, pp. 148 y 156, se trata de la norma paradigmática del modelo social de tratamiento de la discapacidad. En esta misma línea, véase también V. CORDERO GORDILLO, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 58; A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *op. cit.*, pp. 246-249, que añade que la LIONDAU fue la norma de cabecera de todo el Derecho español de la discapacidad.

enfaticaban la importancia de las condiciones personales y los elementos contextuales o ambientales⁴³, que significaron una clara manifestación de la implementación del modelo social en el ordenamiento jurídico español⁴⁴. Y este hecho tuvo una indudable trascendencia constitucional, ya que amplió la cobertura ofrecida por el art. 49 CE y otorgó un cierto protagonismo a los arts. 9.2, 10 y 14 CE en la discriminación por razón de discapacidad. La estructura de la LIONDAU reflejó una evolución destacada en el tratamiento normativo de la integración de las personas con discapacidad, que puede resumirse mediante dos rasgos claves. En primer lugar, se observa una vocación de implementación efectiva de la normalización social de este colectivo, y se recurre para ello a la plasmación de medidas tanto sustantivas (capítulo II), como procesales (capítulo III). Este enfoque evidencia la pretensión del Gobierno de intentar evitar los defectos que presentó la LISMI en su ejecución, superando así la ausencia de mecanismos de exigencia de dicha norma⁴⁵. En segundo lugar, debe destacarse de la LIONDAU su aproximación transversal desde el punto de

⁴³ En este sentido, véase R. DE LORENZO GARCÍA, *Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado*, cit., p. 533, que señala cómo «En claro contraste con la LISMI, de marcado carácter prestacional, la LIONDAU va mucho más lejos y ya no persigue la solución de los problemas personales de la persona con discapacidad (siguiendo el modelo médico/rehabilitador histórico) sino que actúa directamente sobre los obstáculos y dificultades, es decir, contra el entorno (modelo social) por considerar que es la sociedad la que tiene que generar las condiciones generales para todos».

⁴⁴ Vid. B. QUINTANILLA NAVARRO, *Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, n. 1, p. 12 (versión electrónica), que sostiene la pretensión normativa de introducir un planteamiento renovado respecto de la LISMI, «dando cabida a una concepción social de la discapacidad que supera el enfoque meramente médico-sanitario». En sentido contrario, véase M.M. RUIZ CASTILLO, *op. cit.*, p. 95, que sostiene que el modelo social se sustituye por un modelo focalizado en la discriminación en sí. Concretamente señala que «La relegación de ese modelo social de la discapacidad, por otro que pone el acento en la discriminación en sí y no en las limitaciones individuales del discapacitado, tendrá unas consecuencias verdaderamente importantes en los que se refiere al derecho a la igualdad».

⁴⁵ Vid. M.M. RUIZ CASTILLO, *op. cit.*, p. 84, que constata aquellos aspectos que solventó la LIONDAU, señalando, a título de ejemplo, el establecimiento de una definición de discapacidad y su acreditación válida para todo el territorio nacional. No obstante, esta misma autora constata la eficacia diferida de la LIONDAU, ex Disposición Final 3ª LIONDAU, que dificultó la eficacia de esta norma. En esta misma dirección, véase también R. DE LORENZO GARCÍA, M.A. CABRA DE LUNA, *Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *op. cit.*, pp. 674-678, y R. ESTEBAN LEGARRETA, *El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. extra. 6, pp. 16-18 (versión electrónica).

vista de su ámbito de aplicación. Esta norma pretendió establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE. De manera coherente con la generalidad de esta pretensión, el legislador optó por la transversalidad, regulando así distintos ámbitos al amparo del art. 3 LIONDAU. A título de ejemplo, se incluyeron ámbitos tan diversos como las telecomunicaciones, los transportes, la administración de justicia o el patrimonio cultural, entre otros. Esta circunstancia nos lleva a afirmar que no estamos ante una norma de naturaleza estrictamente laboral⁴⁶, dada la supletoriedad establecida en el art. 3 LIONDAU, sino un texto normativo que pretendió regular el ejercicio del derecho a la no discriminación e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad esencialmente en el ámbito del acceso a los bienes y servicios públicos, circunstancia especialmente novedosa en el ordenamiento jurídico español⁴⁷. Así, nos encontramos ante otra evidencia más de la influencia del modelo social en esta norma, que pretendió erradicar la discriminación hacia este colectivo, reforzando su participación en ámbitos claves de la vida.

Respecto a su contenido, la LIONDAU destacó por introducir distintas innovaciones normativas de interés que han marcado el enfoque del tratamiento de la integración de las personas con discapacidad hasta la actualidad. En primer lugar, diferenció entre medidas contra la discriminación (art. 6.1 LIONDAU) y mecanismos de acción positiva (art. 8 LIONDAU). Cada una de ellas simbolizó una apuesta muy distinta en la integración de este colectivo. En efecto, el legislador plasmó una política de actuación a dos velocidades: una más urgente, inmediata, definida y de contenido obligatorio, categorizada bajo la denominación “medidas contra la discriminación”, y otra más abstracta, de marcado carácter social, que pretende eliminar los obstáculos para lograr una implementación plena y efectiva a largo plazo del modelo social de tratamiento de la discapacidad, indicada bajo la expresión “medidas de acción positiva”. A esta distinción

⁴⁶ Las medidas o mecanismos de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral serán introducidas posteriormente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, aunque debe señalarse que el art. 3 LIONDAU establece su aplicación supletoria, mención que debe relacionarse en un momento inicial a la LISMI, hasta la entrada en vigor de la Ley 62/2003.

⁴⁷ Así lo constata M.J. HERNÁNDEZ VITORIA, *Una lectura de la Ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de discriminación*, en J.C. ITURRI GARATE (dir.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 30, que destaca la superioridad de la proyección de esta norma respecto de otros textos normativos que se han ocupado de la accesibilidad de las personas con discapacidad.

se suma la incorporación por primera vez de la obligación de realizar ajustes razonables en distintos ámbitos, que van más allá del empleo (art. 3 en relación con el art. 7 LIONDAU), y preparó así el escenario normativo para implementar esta obligación extramuros del ámbito objetivo de la Directiva 2000/78/CE. Tal obligación exige la adecuación de los entornos, salvo supuestos que constituyan carga desproporcionada, a fin de garantizar la participación en igualdad de condiciones, y su incumplimiento fue caracterizado como una conducta discriminatoria *ex* arts. 4 y 7 LIONDAU. Sin embargo, la falta de claridad normativa en sus elementos, como por ejemplo el significado de adaptación social o actitudinal o de razonabilidad, la no previsión de sanciones en el marco de la LIONDAU que se suman al carácter novedoso de esta institución y la ausencia de precedentes, empañaron la eficacia de este deber empresarial, que resultó ser una mera declaración de intenciones sin eficacia real.

5. El impacto de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español: la Ley 26/2011

Tras la transposición de la Directiva 2000/78/CE, el siguiente hito normativo en la evolución española del tratamiento normativo de la discapacidad fue la incorporación de la CIDPD al ordenamiento jurídico español. España fue de los primeros países que la ratificó, iniciando su vigencia el 3 de mayo de 2008. A partir de tal fecha, la CIDPD se integró en el ordenamiento jurídico español, de conformidad con el art. 96.1 CE, y se requirió la adaptación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que recoge la CIDPD.

Para ello, se dictó la Ley 26/2011, que viene a continuar la implementación del modelo social en el ordenamiento jurídico español⁴⁸, ya iniciada mediante la LIONDAU. De forma particular, esta norma introduce una especial sensibilidad en la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, no se materializaron grandes cambios, así como tampoco modificó el paradigma imperante en el ordenamiento jurídico español, sino que se limitó únicamente a actualizar distintas disposiciones en aras de dar cumplimiento al art. 4 CIDPD. En este sentido, se

⁴⁸ En esta misma línea, véase L.C. PÉREZ BUENO, *La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes necesarios*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *op. cit.*, p. 322, que señala que «de algún modo, los valores, principios, conceptos y obligaciones que lleva consigo la Convención, ya forman parte, a grandes rasgos, de nuestro ordenamiento jurídico, son Derecho Positivo».

modificaron un total de diecinueve normas de ámbitos muy diversos⁴⁹. De todas ellas, los cambios que merecen una especial atención a los efectos del presente estudio son los que afectaron a la LIONDAU, que fueron, con diferencia, los que asumieron una mayor extensión en el marco de la Ley 26/2011.

En líneas generales, las modificaciones más importantes que afectaron a la LIONDAU se hallan concretadas en el art. 1 de la Ley 26/2011 e implicaron la ampliación del significado del principio de igualdad de oportunidades (art. 1.1, Ley 26/2011), del concepto de persona con discapacidad (art. 1.2, Ley 26/2011), y la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que existan indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad (art. 1.9, Ley 26/2011). El primero de ellos se centra en el concepto de discriminación por razón de discapacidad, y concreta la dimensión relativa a la ausencia de discriminación, de tal manera que la ausencia de discriminación incluye ineludiblemente la distinción, exclusión o restricción en el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. A esta expansión del concepto de discriminación por razón de discapacidad se suma la ampliación del concepto de persona con discapacidad y la aplicación de las medidas de defensa, arbitraje y judiciales de forma independiente al reconocimiento oficial de la condición de persona con discapacidad y/o su transitoriedad (art. 1.2 LIONDAU). Sobre esta cuestión, destaca especialmente la incorporación de la afectación de elementos contextuales a la conceptualización de este colectivo, que se añadió a la caracterización médica clásica basada en el reconocimiento de un grado igual o superior al 33% de discapacidad. Por último, el art. 1.9 de la Ley 26/2011 modificó la redacción del art. 20.1 LIONDAU, incrementando la protección procesal

⁴⁹ Como muestra del amplio alcance, se introducen cambios en la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida o la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, entre otras. De hecho, la tarea de adaptación normativa la CIDPD ha sido especialmente intensa, incluso tras la aprobación de la Ley 26/2011, ya que, como señala R. DE LORENZO GARCÍA, *Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España*, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, 2016, n. 1, p. 146, el número de normas adoptadas desde la ratificación de la CIDPD hasta 2016 asciende a un total de 42 leyes, 75 reales decretos y 14 órdenes ministeriales, sin perjuicio de las adaptaciones normativas efectuadas a nivel autonómico. La modificación de un número elevado de normas como exigencia para adaptar el ordenamiento jurídico español a la CIDPD pone de relieve la inexistencia de un sistema jurídico de la discapacidad y el contraste frente a una Convención que es un tratado amplio e integral, tal y como indicó L.C. PÉREZ BUENO, *op. cit.*, p. 322.

en supuestos de discriminación por razón de discapacidad. Entre los distintos cambios que se implementaron destaca la sustitución de la expresión «graves indicios de discriminación directa e indirecta por razón de discapacidad» por «indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad». La eliminación de la exigencia del carácter grave fue una clara muestra del compromiso del legislador con la voluntad de la CIDPD, permitiendo así que cualquier comportamiento discriminatorio por razón de discapacidad invierta la carga de la prueba. Otro aspecto que no puede pasar inadvertido es el cambio hacia una expresión genérica de discriminación por razón de discapacidad, eliminando así su aplicación únicamente a discriminaciones directas e indirectas. Esta cuestión ha sido sumamente importante respecto a la inversión de la carga de la prueba en supuestos de denegación de ajustes razonables en el empleo. Hasta la fecha, la plasmación de la inversión de la carga de la prueba únicamente en supuestos de discriminación directa e indirecta planteaba dudas sobre si operaba este mecanismo en supuestos de denegación de ajustes razonables en el empleo, más aún si tenemos en cuenta el silencio normativo respecto a su calificación como discriminación indirecta o indirecta. De esta manera, el legislador ha ofrecido una solución que casa perfectamente con el planteamiento integrador de la CIDPD, ampliando el ámbito de aplicación de la inversión de la carga de la prueba a este tipo de situaciones.

6. El RDL 1/2013 como manifestación jurídica más reciente del modelo social de discapacidad

Tras un largo periodo de dispersión normativa en materia de integración de personas con discapacidad, el legislador optó por refundir en 2013 las principales normas en materia de discapacidad en un solo texto⁵⁰. El resultado fue la LGDPCD, un texto de naturaleza armonizadora, pero influido notablemente por la CIDPD⁵¹. Así, la vocación transversal y el esquema normativo basado en derechos son dos características propias de

⁵⁰ Concretamente, refundió la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁵¹ Vid. R. DE LORENZO GARCÍA, *Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España*, cit., p. 146; M. ROMEO DELGADO ET AL., *De la Ley de Integración Social de Minusválidos a la Ley General de Discapacidad: retos y oportunidades*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 397, p. 95; R. ESTEBAN LEGARRETA, *El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad*, cit., p. 17.

la LGDPCD, que persigue incrementar la efectividad de los derechos del citado instrumento internacional, aunque también introduce algunos matices que la apartan de sus principios⁵².

A propósito de su contenido, mención especial merece la configuración del concepto de persona con discapacidad plasmada en la LGDPCD. Las definiciones incluidas sobre esta materia en las leyes refundidas (LISMI y LIONDAU) plantearon una situación de difícil solución, pues las definiciones eran, como ya hemos visto, muy distintas. El art. 4 LGDPCD conceptualiza a las personas con discapacidad desde una doble perspectiva: a) una más próxima al modelo social⁵³, caracterizada como «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás», y b) otra que es más cercana al modelo médico, pues otorga la consideración de personas con discapacidad a aquellas personas «a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento», incluyendo expresamente dentro de esta categoría a «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Como puede observarse, el legislador opta por incorporar ambas definiciones en la LGDPCD, introduciendo algunos matices no menores⁵⁴, aproximándose más al concepto social de la LIONDAU que al médico de la LISMI. Su prevalencia se deduce de la distinción que realiza el legislador en el marco del art. 4 LGDPCD, dado que se opta por separar ambas definiciones en dos apartados distintos, situándose en primer lugar el concepto de persona con discapacidad más cercano al modelo social. Así,

⁵² El ejemplo más claro lo hallamos en el principio de preferencia del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario, que fue apuntado por R. ESTEBAN LEGARRETA, *Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad*, en *Temas Laborales*, 2014, n. 127, pp. 70-75.

⁵³ Así lo señalan J.L. GONI SEÍN, B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, 2015, p. 49; R. ESTEBAN LEGARRETA, *Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 69; R. DE ASIS ROIG, *Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad*, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2013, n. 12, p. 4.

⁵⁴ Tal y como señala J. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 168-169, la LGDPCD elimina la precisión del origen médico de las deficiencias que aparecía en la LIONDAU y modifica la expresión «puedan impedir» por «limiten o impidan» en relación con las barreras y la participación de las personas con discapacidad, entre otros cambios.

la referencia al paradigma médico aparece como accesorio, a efectos de mantener incluidas explícitamente la definición que históricamente ha caracterizado a las personas con discapacidad, e iniciar la transición hacia un concepto de discapacidad plenamente social.

Llegados a este punto, conviene detenerse en una modificación que introduce la LGDPCD a propósito de la necesaria nota temporal que deben presentar las deficiencias para ser consideradas una discapacidad. El art. 4.1 LGDPCD sustituye la expresión “a largo plazo”, que es originaria de la CIDPD, por otra de carácter más limitativo, a saber «previsiblemente permanentes». Este cambio, no justificado ni referido en el preámbulo, modifica sensiblemente el concepto de persona con discapacidad. En efecto, nos encontramos ante un cambio normativo que exige una mayor carga probatoria para su existencia, ya que el significado de “larga duración” no implica un carácter permanente, connotación inherente *prima facie* en “previsiblemente permanentes”. La introducción de una expresión distinta, como es “previsiblemente permanentes”, suscita la necesidad de demostrar el carácter permanente de la deficiencia, cuestión esta sobre la que la CIDPD no se pronunciaba, dejando así un margen considerable a los tribunales de los Estados Parte y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para su interpretación.

Tal circunstancia evidencia, en mi opinión, que el legislador modificó, con carácter limitador y *ultra vires*, el concepto de discapacidad, dado que precisa la expresión “larga duración” y plasma un obstáculo que puede dificultar su aplicación como expresión del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. En términos de aplicación práctica, este cambio normativo restringe el reconocimiento de ciertas patologías como discapacidad, especialmente de aquellas que se manifiestan de forma episódica y cuya determinación como permanentes es incierta⁵⁵. En este sentido, la expresión “larga duración” ofrece la posibilidad de considerarlas como discapacidad si los efectos se manifiestan durante un largo tiempo, circunstancia esta vedada en el caso de la expresión “previsiblemente permanentes”, que exigiría un carácter definitivo o una cierta constancia en la manifestación de la patología que en ocasiones no se produce periódicamente.

Paralelamente, la expresión “previsiblemente permanentes” plantea serias dudas de compatibilidad con el Derecho de la UE, a la luz de la

⁵⁵ Algunos ejemplos de estas situaciones se pueden hallar en pacientes con enfermedades raras, como por ejemplo el trastorno de asperger, el síndrome de Dravet, síndrome de Sjögren, entre muchas otras. Para un examen más en profundidad sobre la protección laboral de este tipo de enfermedades, véase S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*, La Ley, 2020.

interpretación del concepto “larga duración” efectuada en el citado asunto *Daouidi*. Los problemas surgen, esencialmente, del examen del punto 56 de ese mismo asunto y del punto 47 de las conclusiones de 26 de mayo de 2016. Una lectura integradora de ambos apartados exige tomar en consideración que «la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, [...] que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona»⁵⁶ o «persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre»⁵⁷. Como puede observarse, la expresión “previsiblemente permanentes”, y especialmente la inclusión de la palabra “permanentes”, dificulta una aplicación acorde con el Derecho de la UE, básicamente porque no abarca la prolongación significativa de la incapacidad antes del restablecimiento dentro del concepto de persona con discapacidad. En otras palabras, el legislador español exige, a la luz de la nueva definición de persona con discapacidad, un plus añadido que limita la amplitud y flexibilidad propia de la expresión “larga duración”, reduciendo así el número de situaciones que podría beneficiarse de las medidas de protección contra la discriminación destinadas a este colectivo.

En otro orden de cosas, la LGDPCD mantiene la estructura de los ajustes razonables como medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad. Su definición, en el ámbito del art. 2.^m LGDPCD se complementa con el mantenimiento de la estructura dual de la aplicación en distintos ámbitos de la mencionada obligación. En particular, el art. 40 LGDPCD instrumenta dicha obligación en el ámbito laboral, que anteriormente se hallaba regulada en la LISMI, y el art. 66.1 LGDPCD prevé la obligación con carácter general, incorporada en la LIONDAU. Destaca positivamente la clara voluntad de penalizar el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en todos sus ámbitos, ya que el art. 63 LGDPCD contempla explícitamente su infracción como vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades y se prevé, en los arts. 80-88 LGDPCD, un régimen de infracciones, a tipificar por el legislador autonómico, cuyas sanciones pueden oscilar entre 301 y 1.000.000 euros.

⁵⁶ Véase el punto 56 del asunto *Daouidi*, cit.

⁵⁷ Véase el punto 47 de las conclusiones de la Abogado General SR. Yves Bot presentadas el 26 de mayo de 2016, en el asunto *Daouidi*, cit.

7. Conclusiones

El binomio empleo y discapacidad ha experimentado distintas etapas, en las que se aprecia una evolución normativa que pivota sobre la inclusión de las personas con discapacidad. Tal evolución se ha producido de forma paralela al cambio de modelos de tratamiento, desplazando el paradigma médico y cobrando cada vez mayor importancia el modelo social de tratamiento de la discapacidad, cuya manifestación más actual es el denominado modelo de derechos humanos.

Desde un punto de vista jurídico, el impulso normativo provocado por la Directiva 2000/78/CE y la CIDPD han sido elementos claves para la materialización del modelo social a nivel nacional. Sin embargo, a nivel español se aprecia una tendencia de paulatina incorporación. La constitucionalización del empleo de las personas con discapacidad *ex art. 49 CE* trajo consigo un impulso de los poderes públicos por lograr la integración de este colectivo, que desembocó en la aprobación de la LISMI. Esta norma nació con la pretensión de desarrollar normativamente el art. 49 CE, y pretendió ser un texto legal que facilitase una integración plena y efectiva de este colectivo. Bajo este planteamiento, la LISMI parece asumir un enfoque muy próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad, ya que introduce la afectación a las posibilidades de integración educativa, laboral o social como elemento central, evitando así referencias excesivamente restrictivas, o a deficiencias congénitas o sobrevenidas. No obstante, la definición de discapacidad que ofrece es excesivamente paternalista ya que pecó de ser extremadamente amplia, y dificultó la identificación de las personas con discapacidad.

Tras la LISMI, de innegable vocación general sobre los aspectos sociales del tratamiento de la discapacidad, la normativa española se ha caracterizado por una regulación transversal. En este sentido, la LIONDAU, junto a la transposición de la Directiva 2000/78/CE efectuada mediante la Ley 62/2003, actuaron a modo de antesala a la CIDPD, e iniciaron el tránsito hacia la implementación normativa del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. Este cambio en la perspectiva del tratamiento de la discapacidad ha sido reconocido jurídicamente como la transición del principio de igualdad por razón de discapacidad a un derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, mediante la instrumentación de dos líneas de actuación que marcaron las pautas de tratamiento legal de la discapacidad en el futuro: la lucha contra la discriminación en aras de lograr la igualdad de trato y de oportunidades; y la accesibilidad universal. Sin embargo, el concepto de persona con discapacidad de esta norma no fue ciertamente innovador, ya que la

definición no era especialmente inclusiva al no reconocer el impacto que las barreras sociales podían tener en la construcción legal del concepto de discapacidad. Esta circunstancia supuso una incoherencia jurídica interna en la LIONDAU ya que, a diferencia de otras partes del texto normativo, en este punto no se aprecia ninguna influencia del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

El siguiente hito normativo importante fue la Ley 26/2011, que se encargó de adaptar el ordenamiento jurídico español a la CIDPD. No obstante, la prematura tendencia que mostró el legislador a lo largo de los años previos en la regulación del marco jurídico del tratamiento de las personas con discapacidad se tradujo en un impacto muy reducido de la CIDPD, fundamentalmente debido al carácter vanguardista de la LIONDAU. Ahora bien, la Ley 26/2011 amplió el concepto de persona con discapacidad, plasmado en el art. 1.2 LIONDAU, incorporando la afectación de elementos contextuales a la conceptualización de este colectivo, manteniendo paralelamente las situaciones clásicas de discapacidad del modelo médico.

De esta manera, la Ley 26/2011 materializó la transición hacia un modelo mixto de persona con discapacidad, que sigue prácticamente intacto en la LGDPCD, que ha sido la última norma de referencia en materia de tratamiento de personas con discapacidad. Esta forma de definir el concepto de persona con discapacidad encaja la caracterización histórica de este concepto dentro del ámbito de la nueva definición de persona con discapacidad, sin que se produzca, desafortunadamente, una ruptura más contundente con el modelo médico, que era perfectamente posible, pero de ejecución sumamente compleja, pues exigía replantear el sistema de reconocimiento de la discapacidad. Ahora bien, se detecta una mayor aproximación al concepto social de la LIONDAU. Su prevalencia respecto al modelo médico se deduce de la distinción que realiza el legislador en el marco del art. 4 LGDPCD, que sitúa en primer lugar el concepto de persona con discapacidad más cercano al modelo social, y desplaza a un segundo lugar la definición basada en el paradigma médico.

8. Bibliografía

AZNAR LÓPEZ M., NIÑO RÁEZ E., SAINZ DE ROBLES F.C., AZÚA BERRA P., *Integración social de los minusválidos: comentarios a la ley 13/1982, de 7 de abril*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1982

CORDERO GORDILLO V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2011

DE ASIS ROIG R., [*Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad*](#), Papeles el tiempo de los derechos, 2013, n. 12

DE ASIS ROIG R., CAMPOY CERVERA I., BENGOCHEA GIL M.A., *Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, 2007

DE LA VILLA E., SAGARDOY BENGOCHEA J.A., *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991

DE LORENZO GARCÍA R., *Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España*, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, 2016, n. 1, pp. 143-167

DE LORENZO GARCÍA R., *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009

DE LORENZO GARCÍA R., *Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L. CAYO PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, 2007, Aranzadi, 2007

DE LORENZO GARCÍA R., CABRA DE LUNA M.A., *Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, 2007

DE LORENZO GARCÍA R., PALACIOS A., *Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional*, en J. LAORDEN (dir.), *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, vol. 1

ESTEBAN LEGARRETA R., *El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. extra. 6 (versión electrónica)

ESTEBAN LEGARRETA R., [*Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad*](#), en *Temas Laborales*, 2014, n. 127, pp. 47-84

ESTEBAN LEGARRETA R., *La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, n. 1, pp. 197-226

ESTEBAN LEGARRETA R., *Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad*, en *Documentación Laboral*, 2001, n. 64, pp. 117-140

ESTEBAN LEGARRETA R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, 1999

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ S., *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*, La Ley, 2020

GONZÁLEZ ORTEGA S., *Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación*, en *Temas Laborales*, 1986, n. 7, pp. 52-63

GOÑI SEÍN J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, 2015

GUTIÉRREZ COLOMINAS D., *La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 120, pp. 41-58

GUTIÉRREZ COLOMINAS D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, 2019

HERNÁNDEZ VITORIA M.J., *Una lectura de la Ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de discriminación*, en J.C. ITURRI GARATE (dir.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007

MARTÍNEZ-PUJALTE A.L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, 2015

MARTÍNEZ-PUJALTE A.L., *Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIIONDAU*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009

NUÑEZ GONZÁLEZ C., *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela Libre, 2000

PALACIOS RIZZO A., PÉREZ BUENO L., *La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009

PÉREZ BUENO L.C., *La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes necesarios*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009

PÉREZ PÉREZ J., *Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova, 2015

QUINTANILLA NAVARRO B., *Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, n. 1 (versión electrónica)

QUINTANILLA NAVARRO B., *Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, 2005

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ V., *Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, n. 101, pp. 77-96

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *El empleo de las personas con minusvalía*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 1 (versión electrónica)

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., *Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2008, n. 2 (versión electrónica)

ROMEO DELGADO M., YEPES I BALDÓ M., BARBANCHO TOVILLAS F., PASCUAL HABA C., PÉREZ CONESA J., *De la Ley de Integración Social de Minusválidos a la Ley General de Discapacidad: retos y oportunidades*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 397, pp. 89-106

RUIZ CASTILLO M.M., *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, 2010

STEIN M.A., *Disability Human Rights*, en *California Law Review*, 2007, vol. 95, n. 1, pp. 75-121

TUSET DEL PINO P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, 2000

VALDÉS DAL-RÉ F., *El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 1, pp. 1-10

VALDÉS DAL-RÉ F., *Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, 2005

El empleo en la industria paraguaya del siglo XXI*

Marcello LACHI**

Raquel ROJAS SCHEFFER***

RESUMEN: En la última década el sector industrial paraguayo ha experimentado una importante expansión, ligada al aumento de la inversión extranjera directa y la rápida instalación de plantas de maquila. Estos nuevos sujetos han aportado tecnologías, prácticas y estrategias empresariales novedosas al modelo industrial paraguayo tradicional, incidiendo además en la gestión de la relación capital/trabajo. A través de entrevistas realizadas con gerentes y trabajadores, este texto discute las características de las relaciones laborales en la industria paraguaya actual, identificando cambios y continuidades. Se concluye que los roles de los actores laborales están siendo rediseñados, desestimando el conflicto en la relación capital/trabajo y llevando a una interpretación *individualista* de las relaciones laborales en la cual los sindicatos y sus luchas son presentados como obsoletos.

Palabras clave: Sector industrial, relaciones laborales, empleo, cambios tecnológicos, conflicto y negociación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Nuevas relaciones laborales para nuevos tiempos. 3. Contratación de trabajadores en la industria paraguaya. 4. Características del empleo industrial. 5. ¿Ambiente profesional o gran familia? 6. La formación del trabajador industrial. 7. Una oficina de Recursos Humanos “*super partes*”. 8. ¿El fin del conflicto capital/trabajo? 9. Bibliografía.

* Esta investigación ha contado con la co-financiación del Consejo Nacional de Ciencias y Tecnología – Conacyt (Paraguay), en el marco del programa *Prociencia* y del proyecto de investigación *Industria Paraguaya: Evolución de las relaciones laborales en tiempos globalizados*, PINV15-1146.

** Universidad Nacional de Pilar (Paraguay); Centro de Estudios y Educación Popular Germinal (Paraguay).

*** Freie Universität Berlin (Alemania); Centro de Estudios y Educación Popular Germinal (Paraguay).

Industrial Employment in Paraguay in the 21st Century

ABSTRACT: In the last decade, the Paraguayan industrial sector has undergone a significant expansion, linked to the increase in foreign direct investment and the rapid installation of maquila plants. These new subjects have brought not only new technologies, but also new practices and business strategies to the traditional Paraguayan industrial model, reshaping the capital/labour relationship. Drawing on interviews with managers and workers, this text discusses the characteristics of labour relations in the Paraguayan industrial sector nowadays, identifying changes and continuities. It concludes that roles are being redesigned, dismissing conflict in the capital/labour relationship and leading to an individualistic interpretation of labour relations in which unions and their struggles are presented as obsolete.

Key Words: Industrial sector, labour relations, employment, technological changes, conflict and negotiation.

1. Introducción

En la segunda década del siglo XXI la industria paraguaya ha experimentado una importante expansión tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Desde el punto de vista cuantitativo, las exportaciones de manufacturas han superado por primera vez la marca de mil millones de dólares en 2018¹ y las empresas maquiladoras – responsables del 55% de estas exportaciones – han cuadruplicado su presencia en el país, pasando de 42 en 2013 a 173 en 2018². Por su parte, en términos cualitativos, a los rubros tradicionales (agroalimentos, bebidas, tabaco, textiles y cuero) se han sumado otros nuevos y poco usuales para el país como productos químicos, plásticos, autopartes, equipos y maquinarias³.

Esta expansión del sector industrial se debió en buena medida al aumento sostenido de los flujos de Inversión Extranjera Directa (IED). Según datos del Ministerio de Industria y Comercio, solamente en el campo de la maquila las nuevas inversiones alcanzaron alrededor de 143 millones de USD entre 2013 y 2016, instalándose en el país 71 nuevas industrias maquiladoras en el mismo período⁴. Además, de las nuevas inversiones amparadas en la Ley 60/1990, de incentivos fiscales a la inversión nacional y extranjera, en el mencionado periodo, el 58% corresponden a empresas extranjeras⁵, haciendo evidente la relación entre el crecimiento manufacturero paraguayo y la llegada al país de empresas y capitales transnacionales.

Estos nuevos sujetos – industrias de capital extranjero deslocalizadas en territorio paraguayo y empresas (de capital nacional o transnacional) que operan bajo el régimen de maquila – han aportado nuevas tecnologías, prácticas y estrategias empresariales al modelo industrial paraguayo tradicional. Nuevas maneras de entender la producción y, por ende, nuevas formas de gestionar la relación capital/trabajo, lo cual tiene incidencia no solo en los métodos productivos, sino también en las relaciones laborales, introduciendo nuevas pautas y nuevos procesos organizacionales.

Este artículo discute los cambios en las relaciones laborales en la industria

¹ G. ROJAS DE CERQUEIRA CÉSAR, *Los Incentivos a la Inversión en Paraguay: una mirada a la maquila*, en AA.VV., *Incentivos Fiscales en la América Latina*, PSI, Friedrich Ebert Stiftung, 2019, p. 19.

² L. ARCE, G. ROJAS, *Paraguay*, en Á. CÁLIX, M. BLANCO (coords.). *Los desafíos de la transformación productiva en América Latina. Perfiles nacionales y tendencias regionales. Tomo II Cono Sur*, Friedrich Ebert Stiftung, 2020, p.406.

³ F. MASI, *Ser industrial en el Paraguay. 15 historias recientes*, CADEP, 2016.

⁴ Véase MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO, *Consideraciones sobre informe del BCP acerca de flujos de inversión extranjera directa*, 2016.

⁵ *Idem*.

paraguaya actual y es fruto de una investigación que, a través de una serie de entrevistas en profundidad, ha involucrado a gerentes y trabajadores de 13 industrias locales⁶. La muestra, aunque reducida, resulta variada en términos de tipos de empresas, ya sea considerando la cantidad de empleados, tipología del capital (local o extranjero), presencia o no de sindicatos activos, y rama de producción. Y si bien los resultados aquí presentados no pueden considerarse representativos para el sector industrial como un todo, hacen visibles experiencias concretas y permiten conocer más a fondo las condiciones y dinámicas al interior de diferentes plantas industriales⁷.

2. Nuevas relaciones laborales para nuevos tiempos

América Latina ha ocupado históricamente un determinado lugar en la división internacional del trabajo – como región exportadora de materias primas y proveedora mano de obra barata – tratándose a la vez de una región marcadamente desigual, con bajos estándares de protección social y con un elevado nivel de vulnerabilidad a presiones globales. Ahora bien, esto no quiere decir que todos los países que conforman esta región compartan las mismas características políticas y económicas. En este sentido, si bien los países latinoamericanos podrían englobarse bajo la etiqueta de “emergentes”, vemos que sus resultados en materia macro y microeconómica difieren ampliamente.

El enfoque de las variedades del capitalismo atribuye esto a la existencia, precisamente, de distintas interpretaciones del capitalismo en la región. Así, cada país presenta características propias, determinadas por las conformaciones sociopolíticas, es decir, por el resultado de una combinación de diferentes sistemas políticos, nivel de inserción económica internacional, capacidad y autonomía del Estado y de los actores sociales, así como también diferentes políticas monetarias y económicas. Bizberg y

⁶ Esta investigación se ha desarrollado entre los años 2017 y 2019.

⁷ A lo largo de las siguientes páginas se citan textualmente algunas intervenciones de las personas entrevistadas. Aunque todas ellas accedieron voluntariamente a responder nuestras preguntas, los nombres propios o referencias directas a las empresas de pertenencia han sido removidos para garantizar su anonimato. Las citas indican la posición de las personas en la empresa – gerentes o trabajadores – incluyendo un número que diferencia a los diferentes entrevistados dentro de la misma categoría. Al final del texto se encuentra el listado de las empresas que participaron de esta investigación. Su orden de aparición es alfabético, y no se relaciona con el número indicador de los entrevistados en el texto, que se ha otorgado de manera aleatoria.

Théret⁸ clasifican a los países latinoamericanos en tres grupos o tipos ideales. El primer grupo se caracterizaría por un capitalismo orientado por el Estado y dirigido hacia el mercado interno (por ejemplo, Brasil bajo Lúla y Dilma); el segundo presenta un capitalismo regulado por el Estado, aunque de manera subsidiaria al capital privado, y dirigido hacia el mercado interno (ejemplo paradigmático, Chile). El tercer caso se caracteriza por un capitalismo desregulado, subordinado al mercado externo, lo que da lugar a un capitalismo de subcontratación internacional (caso de México). Paraguay podría agruparse junto a México.

Las relaciones laborales, como es evidente, varían también dependiendo del modelo de desarrollo o tipo de capitalismo que caracteriza a una economía nacional. Suscribiendo al abordaje de las variedades de capitalismo, Graciela Bensusán afirma que las interacciones entre las instituciones y los mercados de trabajo dependerá de las distintas estrategias de desarrollo, es decir, si se adopta una estrategia *estadocéntrica* o *mercado-céntrica*⁹. La autora parte de la clasificación de Deakin¹⁰, según la cual el sistema de relaciones laborales y las políticas al respecto cumplen determinadas funciones en la promoción del desarrollo, a saber: coordinación económica, impulso a la demanda agregada, distribución de riesgos, protección a grupos vulnerables y democratización de las relaciones¹¹. Según su visión, estas funciones permitirían identificar las características particulares de los sistemas de relaciones laborales nacionales, así como la dinámica que generan al operar en diferentes contextos.

Históricamente, el modelo económico paraguayo se ha establecido más bien por omisión que como parte de un plan desarrollado en el marco de un proyecto país. Los gobiernos que se han sucedido desde el inicio del proceso democrático (1989) han ido reaccionado a oportunidades y condiciones externas, sin marcar pautas para un desarrollo programado, estableciéndose así un modelo de corte *mercado-céntrico* en términos de Bensusán¹². En ese marco, la política de promoción a la inversión extranjera impulsada en la última década por el gobierno paraguayo está dando resultados relevantes, con una progresiva llegada al país de inversores. Ante este panorama, nos interesa discutir cómo esto se traduce en cambios en el

⁸ I. BIZBERG, B. THÉRET, *Introducción* a I. BIZBERG (coord.), *Variedades de capitalismo en América Latina: los casos de México, Brasil, Argentina y Chile*, Colegio de México, 2015, pp. 13-14.

⁹ G. BENSUSÁN, *Los sistemas de relaciones laborales y las políticas públicas en cuatro países de América Latina: Rupturas, continuidades, contradicciones*, en I. BIZBERG (coord.), *op. cit.*, p. 545.

¹⁰ Citado por G. BENSUSÁN, *op. cit.*, p. 547.

¹¹ G. BENSUSÁN, *op. cit.*, p. 547.

¹² *Idem.*

mercado laboral y en las relaciones laborales al interior de las industrias. Al respecto, los estudios de Quintero Ramírez identifican nuevos esquemas de relación laboral en plantas industriales, basados en lo que la autora denomina *pautas gerenciales*. Con este término se refiere a las estrategias delineadas por los gerentes en industrias maquiladoras – en particular del norte de México – a través de las cuales se busca convencer a los trabajadores que no existen problemáticas laborales, o bien, que las mismas pueden ser resueltas sin necesidad de sindicatos. En última instancia, lo que se pretende con esta estrategia es debilitar el poder de las organizaciones gremiales, convirtiéndolas en algo innecesario para el mejoramiento laboral ante los ojos de los trabajadores. A su vez, estas pautas gerenciales pueden ser diferenciadas en dos grupos. El primero comprende prácticas realizadas al interior de la planta industrial y que buscan estrechar la relación entre gerentes y trabajadores, «exaltando un ambiente de armonía y de “gran familia”, en el que no existen grandes diferencias entre gerentes y trabajadores, dado que trabajan para una misma empresa»¹³. El segundo grupo de pautas gerenciales comprende aquellas actividades extra-fabriles, es decir, eventos organizados por los gerentes en los que participan la gran mayoría de los trabajadores de las maquiladoras, donde se estimula la pertenencia a una empresa o grupo corporativo.

Otro factor primordial es la introducción de una cultura de la productividad y eficiencia, como concursos de línea y/o de empleado destacado. No es solo que la competencia entre trabajadores se erige como un elemento central – socavando la solidaridad que podría llevar a la organización y acción colectiva – sino que además enlaza los derechos laborales al cumplimiento de metas empresariales específicas, consiguiendo que la atención se centre en las metas de producción antes que en el cumplimiento y la mejora de las condiciones laborales¹⁴. Concomitantemente, salarios y prestaciones dejan de ser derechos previsibles y regulables, y pasan a depender casi exclusivamente del esfuerzo cotidiano y constante por parte de los trabajadores¹⁵. El resultado final, dice la autora, es la conformación de un «esquema unilateral de relaciones laborales»¹⁶.

Estos fenómenos, ¿son observables también al interior de la industria paraguaya? Es justamente esta la pregunta que queremos abordar a

¹³ C. QUINTERO RAMÍREZ, *Cuarenta años de relaciones laborales en la maquila: Una historia de permisos y restricciones desiguales*, en R. BARAJAS ET AL. (coords.), *Cuatro décadas del modelo maquilador en el norte de México*, Colegio de la Frontera Norte, Colegio de Sonora, 2009, p. 332.

¹⁴ *Ibidem*, p. 333.

¹⁵ *Ibidem*, p. 334.

¹⁶ *Ibidem*, p. 340.

continuación. Para ello, empezaremos por caracterizar al empleo industrial actual.

3. Contratación de trabajadores en la industria paraguaya

A pesar del auge en el país de agencias de reclutamiento de recursos humanos, no es a través de ellas que se realizan la mayor parte de las contrataciones en las industrias paraguayas. En efecto, y aunque parezca algo anecdótico en pleno siglo XXI, el método de contratación más difundido continúa siendo la comunicación “de boca en boca”. Principalmente cuando se trata de puestos de trabajo de planta, es decir, para obreros sin mucha especialización, la práctica más común es poner un anuncio en el diario o en las redes sociales, o sencillamente avisar a los otros obreros de la empresa sobre la vacancia, ya que estos se encargarán de difundir la voz entre amigos y vecinos. En palabras de los entrevistados:

Generalmente hacemos búsquedas internas o por referencias de nuestros propios empleados. [...] En casos puntuales hacemos ofertas en medios de comunicación (Gerente 11).

Publicamos en los periódicos, en la página web o en algunos casos avisamos a los empleados para que puedan avisar a gente conocida de ellos (Gerente 01).

Otra práctica mencionada consiste en esperar que sean los propios trabajadores quienes se acerquen a las empresas pidiendo empleo, evitando así una búsqueda activa. Recibir currículos y armar bases de datos para futuras contrataciones es común en varias industrias, las cuales prefieren cubrir sus necesidades de fuerza de trabajo con personas que han tenido la iniciativa de acercarse, viendo esto como un rasgo positivo que demostraría el interés del potencial empleado en esa empresa en particular.

Si vos querés trabajar, nosotros queremos que a nosotros nos contacten personas a las que les interesa nuestra empresa. «Me gustaría trabajar en [nombre de empresa]», entonces entro a su página web, acá dice exactamente lo que hay que hacer, y acá tenemos una encuesta que hay que completar (Gerente 05).

Las agencias de recursos humanos o de tercerización de contrataciones son utilizadas solo cuando los cargos en cuestión son para profesionales altamente especializados (como administrativos, consultores, etc.).

Para búsquedas específicas utilizamos consultoras externas, la mayor parte de nuestras búsquedas son a nivel de búsquedas internas, por referencias de amistades de nuestros colaboradores (Gerente 11).

Los trabajadores confirman lo expresado por los gerentes, señalando en muchos casos que accedieron a sus puestos gracias a amigos, conocidos o parientes que les informaron de la vacancia en esa empresa. En algunos casos, estos conocidos habían accedido a la información a través de terceros o medios de comunicación, pero la mayoría se encontraba trabajando en el lugar en cuestión.

Y tenía un hermano que trabajaba acá, y anteriormente la política de la empresa era que te decían si tenías algún pariente que quiera trabajar, traele, y así fue como entré a trabajar acá (Trabajador 07).

Yo estaba sin trabajo y un primo mío me comentó que se estaba agarrando currículum y traje mi currículum y ese mismo día ya me llamaron y vine para la entrevista (Trabajador 03).

Uno de los elementos que más influyen en la decisión de contratar a un obrero son sus años de estudio y su nivel de formación. Si décadas atrás aquellas personas que no terminaron los estudios secundarios podían fácilmente encontrar trabajo de planta, ya no es ésta la situación en el sector industrial de hoy. En efecto, la gran mayoría de los gerentes entrevistados han hecho hincapié en que haber completado el bachillerato (es decir, contar con 12 años de estudios) es un requisito mínimo para acceder a la empresa. Además, mencionan que ser portador de un título no siempre es suficiente, en cuanto existen muchos bachilleres que, si bien saben leer, no entienden lo que leen y/o no pueden efectuar operaciones aritméticas simples.

Nosotros, por políticas de calidad misma, no podemos contratar a una persona que no tenga mínimamente un bachillerato concluido [...]. Para ir escalando dentro de la empresa se requiere una formación mínima, entonces nosotros podemos formarle, capacitarle afuera (Gerente 02).

Este elemento resulta de gran utilidad para entender cómo ha cambiado la industria en general, y la paraguaya en particular, en los últimos años. Así, de la mano de procesos cada vez más mecanizados y con tecnología penetrando los distintos sectores de producción, contar con un cierto nivel de educación se vuelve una condición necesaria para todos los puestos de trabajo en planta industrial.

Aunque esta mayor exigencia de niveles de estudio parecería entrar en contradicción con lo señalado cuando describíamos las prácticas de contratación, que siguen descansando fuertemente en técnicas poco selectivas y de escasa penetración como el “de boca en boca”, esto se explica en la misma estructura del mercado de trabajo paraguayo. Al respecto, es de amplio conocimiento que el trabajo informal – es decir, sin contratos de trabajo o acceso al salario mínimo, a jubilación y a protecciones sociales – es la regla antes que la excepción en el mercado de trabajo paraguayo, afectando al 71% del empleo total en el país¹⁷. En este contexto de baja oferta de trabajos formales – como los promocionados por la industria local – y de alta demanda de estos, las empresas cuentan con un gran poder en términos de selección del personal.

4. Características del empleo industrial

A pesar de contar con una legislación laboral de avanzada tanto en los contenidos de la Constitución Nacional vigente (Capítulo VIII, arts. 86-106) como en el articulado del Código del Trabajo (Ley 213/1993), en Paraguay existe una alta precarización del trabajo y escasa estabilidad de los empleos¹⁸. Según Aguayo¹⁹, la violación de derechos fundamentales de los trabajadores es la constante. Es más, el actuar arbitrario de los empleadores, dice el autor, encuentra cobijo en las instituciones del estado que deberían mediar las relaciones laborales, tales como el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) que obstruye la formación de nuevos sindicatos, y los tribunales del trabajo que dilatan los juicios por años, a sabiendas de que el trabajador no tendrá capacidad de llevar adelante un proceso tan largo y costoso.

Ahora bien, los datos recabados a través de las entrevistas – tanto con

¹⁷ GRUPO BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2019. La naturaleza cambiante del trabaj. Panorama general*, 2020.

¹⁸ Aunque la legislación laboral vigente establece la estabilidad laboral para los trabajadores que cumplen diez años de trabajo ininterrumpido con el mismo empleador (art. 94, Ley 213/1993), en la práctica, los empleadores recurren a distintas estrategias para evitar que el trabajador acceda a este derecho, ya que a partir de entonces la desvinculación puede darse solamente por causa probada judicialmente. Una de estas estrategias consiste en desvincular al trabajador antes de que cumpla los diez años, para luego reiniciar la relación laboral desde cero. Al respecto, véase O. LESCANO BARRETO, *La “inestable” estabilidad laboral*, en www.abc.com.py, 5 abril 2013.

¹⁹ E. AGUAYO, *Reformas laborales regresivas. Una política estatal antisindical de ajuste y austeridad*, en R. CORVALÁN (dir.), *Derechos Humanos Paraguay 2019*, Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay, 2019, pp. 261-274.

empleadores como con trabajadores – han mostrado un panorama marcadamente diferente al recientemente descrito. Casi la totalidad de los gerentes entrevistados han señalado que es muy común que los obreros de planta laboren en la empresa hasta llegada la edad de su jubilación, es decir, sobrepasando los 10 años que establecen la estabilidad laboral y llegando incluso a 20 o 30 años de trabajo en el mismo establecimiento.

Todos trabajan por un tiempo prolongado, muy pocos recambios, es así que tenemos alrededor de treinta, treinta y cinco, cuarenta jubilados por año (Gerente 10).

La experiencia [...] es muy valorada, nosotros tenemos una rotación menor al dos por ciento, es una rotación muy baja, no despedimos teniendo en cuenta la antigüedad (Gerente 03).

La verdad que los empleados trabajan en la mayoría por largo tiempo, tenemos empleados que se jubilan en la empresa, de hecho, tenemos aproximadamente entre 10 a 15 personas que se jubilan cada año (Gerente 11).

Los gerentes entrevistados dejan claro que intentan evitar procesos de alta rotación, prefiriendo apostar a trabajadores que conocen el funcionamiento de la empresa. A su vez, es importante reducir la rotación del personal, maximizando el retorno de lo invertido en la formación de sus recursos humanos. En palabras de un gerente:

Creo que el desafío es retener a los talentos de tu empresa, el capital humano es decisivo en este tipo de empresas. Se puede comprar el mejor equipo del mundo, la mejor tecnología del mundo, pero a fin de cuentas lo operan las personas. Si no inviertes en esa persona, si no tienes el amor de esa persona, la pasión de esa persona, tal vez el negocio se vuelve mucho más costoso de lo que tú crees. Muchas veces la alta rotación, el tener que estar transmitiendo esos conocimientos, cuesta mucho dinero y no siempre se mide, y no siempre el impacto es directo, muchas veces aparece mucho después (Gerente 08).

Para asegurar la permanencia de los trabajadores, las industrias utilizan incentivos y otorgan reconocimientos a sus empleados, buscando ganarse su fidelidad y garantizando así un plantel fijo, con formación y experiencia. En cuanto a los incentivos económicos, estos pueden dividirse en dos grupos: incentivos colectivos, dependientes de los resultados de la empresa a nivel general, y otorgados a todo el plantel de trabajadores, e incentivos individuales, ligados a la productividad y calidad del trabajo de cada

empleado.

Los incentivos económicos colectivos se determinan a través de la obtención de ciertas metas en términos de producción o de facturación, fijadas al inicio de cada año. La obtención o, aún mejor, la superación de los resultados esperados se traduce en un premio económico para el conjunto de los empleados de la empresa, que generalmente se efectiviza a través de un “decimocuarto” sueldo o la entrega de gratificaciones de fin de año.

Tenemos un programa de reconocimiento por proyecto, por tarea y por cumplimiento, y un sistema de metas grupales. Se establecen las metas entre enero y diciembre y siempre van enfocados a los resultados de la compañía para ese año (Gerente 02).

Premiamos el presentismo. La gente que más cumple en conjunto, en equipo; no en forma individual, hay todo un plan bastante extenso (Gerente 03).

De todos modos, cualquiera sea el método “redistributivo” que la industria decida adoptar, el propósito es el mismo: promover la fidelidad del trabajador para con la empresa, haciéndolo sentir parte de ésta y reforzando la importancia del esfuerzo colectivo para poder lograr las metas previstas. Este no es un tema menor; por el contrario, al identificar y cuantificar económicamente un objetivo común, se promueve una actitud disciplinar entre los trabajadores, en tanto aquéllos que no cumplan con su parte y no demuestren un compromiso con la obtención de la meta, terminarán afectando la posibilidad de los demás de obtener el incentivo. En este contexto, serán los propios trabajadores – sin necesidad de intervenciones de la Gerencia o la oficina de Recursos Humanos – quienes tomarán medidas para que todo el grupo colabore de modo a lograr el cumplimiento de la meta.

La mayoría de las industrias también impulsan incentivos económicos dirigidos a los trabajadores de manera individual, en función de la calidad de su trabajo y de su productividad en la empresa. Es decir, casi en contradicción con el proceso anterior, la empresa instala una suerte de competencia permanente entre sus empleados, de manera que cada uno se esmere al máximo para así obtener mejores beneficios económicos. Esto significa que, a pesar de impulsar una visión de la planta industrial como lugar de acción conjunta y solidaria, donde gracias al esfuerzo colectivo se pueden lograr resultados favorables que se traducirán en gratificaciones económicas para todos, la gerencia también promueve un enfoque más individualista que premia al trabajador por alcanzar metas y logros

personales, otorgándole un destaque con respecto a los demás.

Cada año se hace una valoración de cada puesto y, de acuerdo a eso, se va dando como un reajuste salarial (Gerente 10).

Tenemos un sistema en donde se premia por destajos [...] por los resultados de las metas (Gerente 08).

Esta aparente contradicción, donde por un lado se premia el logro colectivo y al mismo tiempo se promueve una competencia interpersonal, podría explicarse en la necesidad de contrarrestar los posibles procesos de sindicalización de los obreros. De hecho, el sistemático rechazo de las organizaciones sindicales es una actitud generalizada entre los empresarios paraguayos, y los industriales no son una excepción²⁰. Así, de las empresas que entrevistamos en el marco de esta investigación, la gran mayoría no cuenta con un sindicato activo. En los pocos casos donde estos existen son organizaciones con décadas de trayectoria, conformadas en los primeros años de la transición democrática (entre 1989 y 1992), es decir, en la época de apogeo del sindicalismo paraguayo. Por el contrario, en las industrias de más reciente creación, la posibilidad de encontrar una organización sindical activa en su seno es virtualmente nula. También estudios anteriores, en particular del caso mexicano, han encontrado que las prácticas de concursos ente obreros a nivel de sus logros personales puede interpretarse como una estrategia para socavar la solidaridad que podría llevar a la organización y acción colectiva²¹. En este marco, los premios a nivel personal refuerzan el individualismo y producen un desplazamiento de actitudes con foco colectivo a prácticas centradas en el bienestar individual.

Además de los premios e incentivos económicos, también hay otros instrumentos para ganarse la fidelidad de los trabajadores, tales como las ayudas que la empresa proporciona al trabajador en situaciones especiales. Si bien estas asistencias no siempre se materializan en beneficios económicos, son de igual manera ampliamente valoradas por los trabajadores, en cuanto les permite ahorrarse importantes gastos. Entre estas medidas se pueden citar la entrega de útiles escolares a inicios de año a los trabajadores con hijos en edad escolar, así como permisos especiales para eventos familiares y aportes en caso de accidentes, nacimientos o muerte de familiares cercanos. También se menciona la asistencia médica en campos que no son cubiertos – o lo son sólo de manera deficiente – por

²⁰ M. LACHI, R. ROJAS SCHEFFER, *Desencuentros y conflictos entre actores colectivos en la industria paraguaya*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, 2020, n. 2, pp.109-127.

²¹ C. QUINTERO RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 33.

el seguro social (IPS)²², como odontología o nutrición. Estos beneficios son proporcionados por la empresa como un beneficio extrasalarial y en función de las necesidades más comunes de sus trabajadores.

Contamos con ayuda escolar para los hijos de nuestros colaboradores, en caso de accidentes, fallecimiento de padres y muchos otros beneficios más. Médico, odontología y nutricionista. Curso de capacitación en todos sentidos (Gerente 11).

Ayuda para nacimientos: vales, obsequios. Para defunciones las personas eligen el efectivo o una presencia. En caso de accidentes, si es dentro de la empresa, asumimos el 50% del reposo y si el reposo es más de 3 días pagamos el 50% igual. Si hay problemas con IPS le pagamos completo el salario y luego arreglamos (Gerente 02).

Cabe además resaltar que algunos de ellos están previstos por la legislación nacional, pero ante su escaso cumplimiento, son vistos como aportes “extra” que la empresa realiza como premio a sus trabajadores. Tal es el caso de la asignación familiar (Ley 213/1993, arts. 261-271) y licencias especiales (Ley 213/1993, art. 62).

5. ¿Ambiente profesional o gran familia?

Señala Quintero Ramírez²³ que, en las últimas décadas, una de las prácticas más utilizadas en la gestión de recursos humanos dentro de las plantas industriales es la construcción de un sistema de relaciones personales estrechas entre gerentes y trabajadores. Con ello se pretende instalar un ambiente de armonía interna en la empresa, donde las diferencias jerárquicas son minimizadas bajo la alegoría de “gran familia” ya que, al fin y al cabo, todos trabajan juntos para conseguir el mismo objetivo: el crecimiento de la empresa, y con él, su crecimiento personal.

Esta búsqueda del involucramiento del trabajador a un nivel afectivo es un rasgo que también apareció recurrentemente en las entrevistas, tanto las realizadas con gerentes como con trabajadores. Es más, expresiones al respecto han podido ser identificadas tanto en empresas con antigüedad y amplia trayectoria en el sector industrial nacional, como en otras surgidas en los últimos años por la llegada de capitales extranjeros. Aunque este

²² El Instituto de Previsión Social (IPS) es el sistema de previdencia social obligatorio previsto para los trabajadores dependientes del sector privado.

²³ C. QUINTERO RAMÍREZ, *op. cit.*

discurso familiar y hasta paternalista no resulta sorprendente en las empresas paraguayas, dado que la gran mayoría de ellas han nacido y continúan operando bajo propiedad de una sola familia, sí resulta llamativo que la misma lógica se repita en las nuevas industrias instaladas en el país en las últimas dos décadas. Estas últimas, generalmente procedentes de otros países del Mercosur – y principalmente del Brasil – son normalmente propiedad de accionistas de distintos grupos, raramente estructurados alrededor de núcleos familiares. En este marco, sería de esperarse que estén más bien guiadas por una gestión impersonal y racional de las relaciones laborales.

Sin embargo, la dinámica de las relaciones laborales al interior de las industrias que fueron consultadas para esta investigación se muestra bastante homogénea. La actitud “familiar” en las relaciones laborales es una tendencia presente de manera transversal en la mayoría de ellas, independientemente de su antigüedad, su propiedad (familia o accionistas), el origen de su capital, y hasta el tamaño en términos de cantidad de obreros que emplea.

Impulsando un ambiente familiar las industrias buscan promover un sentimiento de identificación y pertenencia del trabajador. La ampliamente difundida expresión de “ponerse la camiseta” (de la empresa) puede ser entendida en este contexto. Con ello se pretende no solo retener a los trabajadores que ya han adquirido cierta experiencia y destreza en sus tareas, sino también obtener el máximo de compromiso y entrega de su parte, con la convicción de que los éxitos de sus empleadores son también éxito suyo. Los gerentes entrevistados subrayan entonces cómo, a pesar de la existencia de jerarquías en los roles dentro de la planta, los trabajadores se relacionan con los jefes y gerentes de manera directa y hasta familiar. Se insta entonces a que los empleados puedan dialogar y relacionarse con sus superiores sin intermediarios, porque todos son parte de una misma familia, y los miembros de una familia siempre están para ayudarse en casos de necesidad.

Desde el comienzo, es familia, familia, familia, y se maneja como familia [...] Cualquier inconveniente o comentario es puertas abiertas al gerente y no hace falta que me pregunte a mí el personal si puede hablar con el gerente, no es que porque el jefe no quiere que hable con el gerente ya no va a hablar; no, ellos tienen la libertad, inclusive de hablarle en el pasillo (Gerente 07).

Muchos empleados confirman que existe un ambiente familiar en las empresas industriales donde trabajan, y que propietarios, gerentes y jefes buscan efectivamente construir relaciones directas con los trabajadores. No se trata entonces solamente de una expectativa de la gerencia; sino que los

trabajadores reconocen estas prácticas, subrayando que el espacio de trabajo donde se desenvuelven es para ellos realmente un lugar de relacionamiento solidario, donde pueden realizar sus labores en un buen ambiente.

Se trata como un nivel familiar. Acá hay padre, madre, entonces es una familia, yo considero así. [...] Es importante porque es un modo de ver que ellos muestran interés por los empleados, y la empresa, porque nosotros los empleados queremos ver la cara de los directivos y una vez que ellos están ahí nos sentimos más seguros y confiados (Trabajador 09).

La política de la empresa fue siempre mirando hacia la familia, nosotros que somos antiguos, al entrar a la empresa siempre nos dijeron que esta es una familia, y siempre relacionamos eso, y a cada empleado que entra se le dice que esto es una familia, aparte de tu familia (Trabajador 07).

Pero no todos coinciden con estas expresiones. Algunos afirman que el mencionado ambiente familiar muchas veces, más que un hecho concreto, es una expresión de deseo de la gerencia. En este sentido, apuntan que el trabajo industrial, al necesitar ciertos comportamientos técnico-profesionales, no siempre coincide con la comprensión y confianza inherente a una familia. Así, cuando se debe garantizar que la producción siga su curso de manera eficiente, son las relaciones jerárquicas patrón/obrero las que realmente dictan los tiempos del trabajo en la fábrica.

En algún caso existe como un ambiente familiar, como la empresa es familiar. Pero en cuanto es referente a trabajo, el objetivo que se traza se toma en cuenta lo laboral, y lo más estricto posible (Trabajador 11).

Hay veces que se llega a eso de o se busca llegar a un ambiente familiar, y luego las circunstancias o la realidad del caso lleva o fuerza a que se tenga que separar realmente lo familiar de lo laboral, lo personal de lo laboral, entonces es algo un poco difícil muchas veces (Trabajador 06).

Otro elemento que aporta a la construcción de un ambiente armónico o familiar es la implementación de actividades extra-fabriles, tales como fiestas, eventos deportivos y celebraciones organizadas por la empresa y que apuntan a estimular el sentido de pertenencia y satisfacción de los trabajadores, de modo así a mejorar su producción. Esto ha sido referido por los entrevistados, tanto trabajadores como gerentes. Es más, estas actividades forman ya parte de la tradición de cada empresa. De la misma manera en que se realiza el mantenimiento periódico de las maquinarias o el inventario semestral del depósito de materiales, estas actividades son

vistas como necesarias e incluso creadoras de tradición.

Primero de mayo, día del amigo y fin de año, y así también a través de la mutual se hacen eventos. Los fines de semana, los viernes se juega futbol, hay asadito, choricito, todo eso fomenta la empresa, hace que casi siempre estemos reunidos, tratando de unirnos más y que no nos vayamos de ellos (Gerente 07).

Realizamos actividades donde involucramos a la familia, como por ejemplo el día de la familia, colonia de vacaciones. Un día de trabajo con los hijos, día del trabajador, tenemos una cancha para jugar fútbol, cada tres meses se hacen torneos (Gerente 01).

Estos momentos de diversión y esparcimiento colectivo, que en un primer momento parecieran no tener relación directa con el trabajo y los objetivos productivos de la fábrica son sin embargo considerados, tanto por los gerentes como por los trabajadores, como esenciales para el buen funcionamiento de la empresa. Son oportunidades que permiten compactar los niveles jerárquicos de la estructura laboral, reunidos por similares sentimientos de pertenencia y colaboración. Ayudan así a reducir las diferencias y acercar a los distintos miembros del plantel.

Los trabajadores entrevistados manifiestan su valoración hacia este tipo de actividades, ya que permiten que su núcleo familiar se involucre en el ambiente empresarial. A su vez, les ayuda a conocer a sus compañeros de manera más profunda, y los lleva a reconocerse como parte integrante de la empresa; como protagonistas de sus éxitos y no solamente como un prestador de servicios.

Tenemos la fiesta de fin de año que sí o sí se organiza, y se organiza con toda la familia del personal, no solamente con el personal sino también con toda su familia, porque al fin y cabo siempre hay muchas personas detrás de ellos. El día del trabajador también se festeja (Trabajador 04).

Día del trabajador por ejemplo es tradicional de la empresa, se suele realizar actividades para los niños en su día, o si no se realizan obsequios a fin de año. Ayuda bastante a que la gente se sienta comprometida y se sienta parte de la empresa, ayuda bastante (Trabajador 08).

Invertir en el sentido de pertenencia del trabajador hacia la empresa se demuestra entonces como un elemento primordial, tanto que ciertos eventos y jornadas de convivencia y celebración parecen haberse erigido ya como tradición en estas unidades de producción. Según lo apuntado por los trabajadores estas prácticas cumplen su cometido, ayudando a la

construcción de un vínculo con el lugar de trabajo que va más allá de la obtención del sustento. Al sentirse parte fundamental de la industria, ya sea como miembro de una familia o como colaborador que cumple un rol de importancia, se crea un compromiso que a la larga permite lograr no sólo la fidelidad esperada por la gerencia en términos de permanencia, sino que también asegura su empeño y esfuerzo para lograr las metas definidas.

6. La formación del trabajador industrial

El incremento progresivo y decisivo de la mecanización en las plantas industriales ha llevado consigo la ya señalada necesidad de contar con trabajadores, mandos medios y gerentes con una formación profesional y una capacitación técnica adecuada a las nuevas necesidades de manejo del aparato productivo. Antes este panorama, una de las quejas más comunes del gremio empresarial es el bajo nivel educativo de la fuerza de trabajo disponible. En efecto, Paraguay se ubica en los últimos puestos de los rankings de competitividad global en términos de educación, tanto primaria como universitaria²⁴.

Más allá de la formación otorgada por instituciones gubernamentales, cada proceso productivo tiene sus propias especificidades, por lo que las empresas se ven en la necesidad de crear programas internos de capacitación. Estos están dirigidos a distintos grupos de trabajadores, de modo a asegurar que cada nivel – operarios, técnicos, mandos medios – adquieran las destrezas y los conocimientos necesarios para desempeñarse en sus puestos de manera adecuada. Dos han sido los principales cursos de formación mencionados por los gerentes: los relacionados con la introducción de nuevas maquinarias, y capacitaciones más generales acerca de los nuevos estándares productivos. El primer proceso de capacitación se realiza normalmente a través de entrenadores extranjeros, generalmente personal de las empresas productoras de las maquinarias adquiridas.

Hay instructores externos que vienen de otros países, de donde se trae la maquinaria. También se manda a funcionarios a capacitarse, y luego ellos vienen a enseñarles a los demás (Gerente 01).

El segundo tipo de capacitación es brindado ya sea por un equipo de capacitadores internos a la empresa, o a través de personal contratado según necesidad. El objetivo es ampliar constantemente los conocimientos

²⁴ K. SCHWAB, [The Global Competitiveness Report 2017-2018](#), World Economic Forum, 2017.

técnicos de los trabajadores a fin de mejorar su productividad y eficiencia. Según señalan los gerentes entrevistados, este tipo de capacitación permanente es fundamental para garantizar el buen funcionamiento de los equipos y para conseguir una mejora permanentemente de la calidad de la producción.

Tenemos un programa de capacitación donde están todas las formas en que se tiene que operar, los instructivos, los procedimientos. Porque aparte de manejar las máquinas le acompaña un procedimiento de higiene y limpieza (Gerente 07).

En algunos casos existe la posibilidad de formarse en el exterior, principalmente para aquellos que se desempeñan en puestos estratégicos dentro del proceso productivo. Esta modalidad es particularmente importante en empresas que cuentan con una casa matriz en otro país, ya que es necesario que los trabajadores conozcan el proceso central para así comprender el rol de la planta en Paraguay de manera más pormenorizada.

Realmente nosotros tenemos los técnicos, son capacitados en el exterior, o sea la mayoría de los que están a cargo de departamentos importantes reciben capacitación afuera (Gerente 11)

Una persona va 3 meses o va 6 meses a la matriz, al origen, para aprender realmente cómo es el proceso, y eso es un conocimiento que la persona trae y nunca más nadie lo saca (Gerente 13).

En líneas generales, el nivel de formación de la fuerza de trabajo sigue siendo identificado como un elemento deficiente que debe ser abordado por el Estado y, en este contexto, las empresas intentan paliar las brechas de la educación formal a través de capacitaciones internas. Además, ante la falta de ofertas en el territorio nacional, deciden enviar a sus trabajadores a formarse fuera o contratan capacitadores extranjeros.

7. Una oficina de Recursos Humanos “*super partes*”

Hasta aquí hemos hecho un repaso de las continuidades y los cambios de las relaciones laborales al interior del sector industrial paraguayo, empezando por los procesos de selección y contratación de los trabajadores, pasando por incentivos y beneficios extrasalariales, el ambiente de trabajo y trato entre los distintos actores, y finalmente, los cambios tecnológicos y la necesidad de formación de los empleados de cara

a nuevos procesos de mecanización. La oficina de Recursos Humanos juega un rol central en todos estos procesos, y por ello, resulta necesario profundizar en su rol en las relaciones entre capital y trabajo, es decir, entre los empleadores (propietarios/gerentes) y los empleados.

En efecto, las labores de esta dependencia se han vuelto determinantes en la calidad de los procesos productivos, ya que la eficiencia y eficacia de la producción descansan fuertemente en la actitud y compromiso del trabajador. En este marco, la oficina de recursos humanos asume un rol estratégico para el buen desenvolvimiento de la empresa, en cuanto las tareas que realiza acaban por tener una incidencia directa en sus objetivos productivos. Sus actividades son múltiples y variadas, ocupándose de la contratación, formación y acompañamiento del personal en la fábrica. A la vez, coordina otras actividades colaterales al proceso productivo, como entrega de beneficios, ayudas y premios, e inclusive interviene para promocionar la salud de sus empleados. Es entonces un departamento que realiza una gama de tareas que cubren un largo espectro de funciones.

Ocuparse de los trabajadores, en todo lo que es oficial: su salario, evaluaciones. Pero también en el acompañamiento de personal, la selección de personal, la formación para cuando entran a trabajar y el seguimiento de todos (Gerente 12).

En general tratamos de dar una asistencia integral a nuestros colaboradores, para lo cual ponemos mucho hincapié en realizar actividades a lo largo del año. Contamos con una psicóloga, también con una nutricionista, un médico y odontóloga que velan un poco por la salud de nuestros colaboradores (Gerente 11).

Pero existe además otro aspecto de gestión fundamental que, históricamente, ha recaído en la oficina de recursos humanos: la mediación de los conflictos que puedan surgir entre el personal y la administración. Sin embargo, y como hemos visto en las entrevistas, el término conflicto no aparece en la descripción de las relaciones entre los distintos actores laborales, haciéndose más bien hincapié en el ambiente armonioso y colaborativo o de “gran familia” de la empresa. Es más, según la interpretación más generalizada, la empresa es presentada como un grupo de personas que tienen un mismo objetivo: mejorar la productividad en tanto esto redundará en beneficios para todos. Se desdibuja así el conflicto capital/trabajo, mientras que las diferencias que puedan surgir entre administración y plantel de trabajadores se enmarcan en la categoría de “problemas de relacionamiento”, ligados más bien al carácter de los involucrados. La estructura jerárquica y los intereses económicos opuestos

de trabajadores – que buscan aumentar sus salarios y seguridad en el empleo – y empleadores – que buscan maximizar su margen de ganancia – desaparecen entonces del análisis.

Al reducir estos problemas a roces personales, éstos intentan solucionarse a ese nivel, sin mayor involucramiento de la oficina de recursos humanos. En efecto, los gerentes entrevistados señalan que, de surgir dificultades entre miembros de la empresa, la primera acción es siempre instalar un diálogo entre las partes afectadas, independientemente de la relevancia de su cargo en la cadena productiva, con el fin de encontrar rápidamente una solución armónica y compartida entre todos. No existen menciones de sindicatos u órganos de representación de los trabajadores; es el propio trabajador individual quien negocia para buscar una solución.

Sólo en los casos en los que el conflicto no puede resolverse a través del diálogo entre los afectados se recurre a la intervención de la oficina de recursos humanos, que adopta el rol de mediador. Es decir, no se espera que ésta actúe en favor de la empresa, sino que se la considera como un organismo imparcial que buscará una solución negociada. La oficina de recursos humanos, entonces, más que reconocer su papel como representantes de los empleadores, busca comportarse casi como un buen padre de familia, capaz de encontrar la mejor solución para todos los afectados.

Normalmente hacemos la mini cumbre, le decimos nosotros. Me voy yo como responsable de producción, y si es venta, viene la cabeza de ventas y se hace la reunión entre las dos partes. Si hubo una discusión entre la gente, los dos sectores que discutían, más nosotros y el juez que es recursos humanos, que escucha las partes y ahí sale hasta esas discusiones, pero se trata de negociar (Gerente 07).

Tratamos mucho de hablar, de conversar. Aprendimos que el entorno es lo que define a la persona, que esta es una empresa familiar [...] si las cosas no funcionan hay un entorno que tal vez hace que la persona no funcione (Gerente 05).

También los trabajadores identifican a la oficina de recursos humanos como el lugar donde resolver los problemas, reconociendo además su actitud abierta al diálogo, lo cual es ampliamente valorado. Esta dependencia es vista también por los empleados como un juez imparcial, en tanto que las relaciones laborales son entendidas y mantenidas a nivel individual (el trabajador como individuo ante el resto de la empresa). Cuando no hay casos de conflicto colectivo (trabajadores agremiados o sus representantes exigiendo mayor remuneración, por ejemplo) no se ve como problemático

que sea una instancia gerencial la que dirime los problemas.

De hecho que todo se conversa, se trata y se conversa, se ve de mejorar, se ve de hacer cambios, pero siempre se conversa (Trabajador 04).

Nos acercamos a recursos humanos, tenemos una encargada de recursos humanos, comentamos con ella el problema que hay, después ella ve si puede solucionar o deriva a la persona que pueda solucionar, tenemos accesibilidad tanto a los jefes como a recursos humanos (Trabajador 12).

8. ¿El fin del conflicto capital/trabajo?

Las relaciones laborales dentro de las fábricas paraguayas se han ido estructurado en un marco de reglas y prácticas coherentes, que apuntan hacia una estrategia determinada. Una nueva dinámica que, centrándose en elementos de armonía, fidelidad y afectividad en el espacio laboral, ha impulsado la instalación de una cultura de corte paternalista, aceptada por todo el plantel.

Los premios e incentivos se erigen como una estrategia de gestión industrial ampliamente difundida, cumpliendo distintas funciones. Por un lado, ayudan a las industrias a retener trabajadores con experiencia y con conocimientos adquiridos, recuperando así la inversión en capacitación. Además, mediante los premios colectivos, se ha instalado una idea de igualdad entre los distintos actores, donde ya no son sólo los propietarios o accionistas los que se benefician con las ganancias, sino que también los trabajadores reciben su parte. Finalmente, esta estrategia se asegura de que los mismos empleados sean quienes impulsen – y controlen – a sus compañeros para que cumplan con su parte, de modo a que la meta de producción sea obtenida.

De esta manera se han rediseñado los roles de los actores laborales, desestimando el conflicto en la relación capital/trabajo, y llevando a una interpretación de las relaciones laborales marcadamente diferente a la imperante en el siglo pasado. El resultado de este proceso ha sido la difusión de la idea, inclusive entre los propios trabajadores, de que el centro de las relaciones laborales es el vínculo directo entre el gerente de la empresa y el trabajador, y que todo problema se arregla a través de un entendimiento recíproco. En este sentido los sindicatos y sus luchas son interpretados como algo obsoleto y, por ende, innecesario.

De esa manera el conflicto en el terreno laboral es visto como algo casi patológico, o bien, ligado a rasgos personales de determinados trabajadores o gerentes. La contradicción entre capital y trabajo – donde los empresarios

buscan maximizar ganancias, mientras los empleados presionan por mejores salarios y condiciones laborales – va desapareciendo del sentido común. Por el contrario, se difunden prácticas y actitudes que apuntan a resignificar a la industria como una “gran familia”, o al menos, como un lugar en el que todos comparten el mismo objetivo: mejorar la productividad, en tanto su incremento redundaría en beneficios para todos.

Según hemos visto, esta nueva interpretación de las relaciones laborales se encuentra arraigada en la industria paraguaya actual. Con ello, no resulta lejano un panorama donde el trabajador, aislado orgánicamente de sus compañeros de planta y privado – por elección propia – de todo amparo sindical, se encuentre atrapado en una relación asimétrica con la patronal. Se trata de un enorme paso atrás de casi dos siglos en las relaciones laborales modernas, que corre además del riesgo de terminar estableciéndose como norma del siglo XXI.

9. Bibliografía

AGUAYO E., *Reformas laborales regresivas. Una política estatal antisindical de ajuste y austeridad*, en R. CORVALÁN (dir.), [Derechos Humanos Paraguay 2019](#), Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay, 2019

ARCE L., ROJAS G., *Paraguay*, en Á. CÁLIX, M. BLANCO (coords.). [Los desafíos de la transformación productiva en América Latina. Perfiles nacionales y tendencias regionales. Tomo II Cono Sur](#), Friedrich Ebert Stiftung, 2020

BENSUSÁN G., *Los sistemas de relaciones laborales y las políticas públicas en cuatro países de América Latina: Rupturas, continuidades, contradicciones*, en I. BIZBERG (coord.), *Variedades de capitalismo en América Latina: los casos de México, Brasil, Argentina y Chile*, Colegio de México, 2015

BIZBERG I., THÉRET B., *Introducción a I. BIZBERG (coord.), Variedades de capitalismo en América Latina: los casos de México, Brasil, Argentina y Chile*, Colegio de México, 2015

GRUPO BANCO MUNDIAL, [Informe sobre el desarrollo mundial 2019. La naturaleza cambiante del trabajo. Panorama general](#), 2020

LACHI M., ROJAS SCHEFFER R., [Desencuentros y conflictos entre actores colectivos en la industria paraguaya](#), en [Revista de la Facultad de Ciencias Económicas](#), 2020, n. 2, pp.109-127

LESCANO BARRETO O., [La “inestable” estabilidad laboral](#), en [www.abc.com.py](#), 5 abril 2013

MASI F., *Ser industrial en el Paraguay. 15 historias recientes*, CADEP, 2016

MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO, [*Consideraciones sobre informe del BCP acerca de flujos de inversión extranjera directa*](#), 2016

QUINTERO RAMÍREZ C., *Cuarenta años de relaciones laborales en la maquila: Una historia de permisos y restricciones desiguales*, en R. BARAJAS, G. GRIJALVA, B. LARA, L. VELÁZQUEZ, L.I. RODRÍGUEZ, M. ZÚÑIGA (coords.), *Cuatro décadas del modelo maquilador en el norte de México*, Colegio de la Frontera Norte, Colegio de Sonora, 2009

ROJAS DE CERQUEIRA CÉSAR G., *Los Incentivos a la Inversión en Paraguay: una mirada a la maquila*, en AA.VV., [*Incentivos Fiscales en la América Latina*](#), PSI, Friedrich Ebert Stiftung, 2019

SCHWAB K., [*The Global Competitiveness Report 2017-2018*](#), World Economic Forum, 2017

Entrevistas realizadas a Gerentes y trabajadores de las siguientes empresas:

AGZ – Artes Gráficas Zamphirópolis (Elaboración de materiales impresos)

Alberdín (Gastronomía industrial)

Blue Design – America (Elaboración de jeans denim)

CIE – Consorcio de Ingeniería Electromecánica (Estructuras metálicas para energía eléctrica, barcazas)

Granja Avícola La Blanca (Alimentos a base de pollo)

Iris SAIC (Producción de Insecticidas)

Manufactura Pilar (Producción y venta de textiles)

Pegasus SA (Construcciones)

Rodríguez Hnos. SA (señalizaciones y carteles)

Sancay SRL (Masticables para perros)

Tigre Paraguay SA (Tuberías y conexiones de TBC)

Trafopar SA (transformadores eléctricos)

Yazaki Paraguay SRL (Cableados para automóviles)

Consideraciones en torno al perfeccionamiento del régimen jurídico laboral de la gente de mar en Cuba*

Sandys MENOYA**
Dagniselys TOLEDANO***

RESUMEN: El artículo aborda el carácter *sui generis* del trabajo marítimo, a partir del análisis de la categoría “gente de mar”, y fundamenta la necesidad de perfeccionar el actual régimen jurídico laboral y de seguridad social de la gente de mar en el ordenamiento jurídico cubano, con base en el reconocimiento de los vacíos existentes en la legislación vigente al respecto. En este sentido, se profundiza en el estudio del Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, no ratificado por Cuba, y se concluye que no existen en materia de legislación laboral adecuaciones al carácter específico y extraordinario de la categoría “gente de mar”, ni tampoco un régimen especial en materia de seguridad social.

Palabras clave: Derechos laborales, gente de mar, protección jurídica, seguridad social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La categoría laboral especial “gente de mar”: un punto de encuentro entre el Derecho Marítimo, el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional. 3. El Convenio sobre el Trabajo Marítimo y los derechos de la gente de mar. 4. La legislación cubana y la protección de la gente de mar. 4.1. La definición de “gente de mar” en el Derecho cubano. 4.2. Breve panorámica situacional del ámbito marítimo cubano. 4.3. Análisis del tratamiento de la gente de mar en el ordenamiento jurídico cubano. 5. A modo de reflexiones finales. 6. Bibliografía.

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación *La protección efectiva a los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico cubano: su elaboración, interpretación y aplicación con enfoque de sistema*, coordinado por el Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río (Cuba), entre los años 2015 y 2019.

** Doctor en Ciencias Económicas; Profesor Titular de Derecho Marítimo y de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Pinar del Río Hermanos Saíz Montes de Oca (Cuba).

*** Doctora en Ciencias Jurídicas; Profesora Titular de Derecho Marítimo y de Derecho Ambiental, Universidad de La Habana (Cuba).

Considerations Regarding the Improvement of the Labour Legal Regime of Seafarers in Cuba

ABSTRACT: The article deals with the *sui generis* nature of maritime labour, based on the analysis of the seafarer category, and bases on the need to improve the current labour and social security legal regime in the Cuban legal system, based in the recognition of the gaps in the current legislation in this regard. In this sense, the study of Maritime Labour Convention of 2006, not ratified by Cuba, is deepened and it is concluded that there are no adaptations to the specific and extraordinary nature of the seafarer category, or special regime on social security.

Key Words: Labour rights, seafarer, legal protection, social security.

1. Introducción

Según la OIT, el 90% del comercio mundial se realiza a través del transporte marítimo, dando empleo a más de 1,2 millones de marinos para el funcionamiento de los buques. A diferencia del trabajador común, la gente de mar no puede ir a casa al término de su jornada de trabajo, a descansar, a estar con la familia o a esparcirse. La gente de mar trabaja y vive la mayor parte de su vida cotidiana dentro del buque, en condiciones extraordinarias y especialmente vulnerables, lo que justifica la necesidad de contar con una legislación laboral especial para esta categoría particular de trabajador.

Hasta hace tan solo 50 años, la mayoría de las naciones tenía su propia legislación marítima y existían pocos tratados internacionales. Además, estos instrumentos no eran aceptados ni implementados por todos los países. El resultado era un conjunto normativo contradictorio, de manera que la situación creada era perjudicial para la seguridad del tráfico marítimo. En la actualidad, los buques son cada vez más complejos y especializados en un determinado tipo de tráfico, y están dotados con tripulaciones multinacionales en muchas ocasiones, por lo que sin dudas la falta de estandarización en la normativa marítima supone un riesgo, en la medida en que la navegación trasciende las fronteras¹.

El carácter global de la industria del transporte marítimo, con diferentes legislaciones nacionales que se aplican en función del Estado del armador, el Estado del pabellón o la nacionalidad de la tripulación, entre otros criterios, hace que sea difícil para la gente de mar obtener reparación de forma rápida y satisfactoria en caso de abandono, lesión o fallecimiento². Teniendo en cuenta las características específicas del trabajo de la gente de mar, la necesidad de lograr una uniformidad normativa y garantizar relaciones justas entre las partes y condiciones de trabajo decentes, se adoptó en 2006 el Convenio sobre el Trabajo Marítimo (CTM 2006) por la Sesión n. 94 de la Conferencia Internacional del Trabajo, el cual logró compilar en un mismo texto la mayor parte de la normativa vigente en la materia, con las previsiones de los principios considerados fundamentales³.

¹ Vid. F. PINIELLA, *El Convenio Internacional del Trabajo Marítimo: análisis de un año de inspecciones en el MoU de París*, en www.researchgate.net, julio 2015; J.C. VELÁZQUEZ, *Tres vertientes del derecho internacional marítimo: derecho del mar, marítimo y de la navegación y su recepción en el orden jurídico de México, un Estado bioceánico*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2015, vol. XV, pp. 817-853.

² Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Nuevas medidas para mejorar las condiciones de trabajo de la gente de mar*, Comunicado de prensa, 27 julio 2017.

³ Vid. L.E. CHÁVEZ, *Riesgos Laborales Marítimos. Situación aplicada a la Gente de mar y Peritos Marítimos en Colombia*, en *Verbum*, 2017, n. 12, pp. 51-72.

La aprobación de dicho convenio ha resultado de una gran significación, ya que en él se abordan algunos de los problemas relativos a la responsabilidad y la indemnización derivada de las reclamaciones de la tripulación por las causas arriba mencionadas. Cabe destacar sobremanera el carácter refundidor de dicho convenio, toda vez que revisa e integra en un único texto 37 convenios existentes hasta ese momento y sus recomendaciones conexas⁴; así como la novedad que representó el establecimiento de un sistema pionero en los marcos de la OIT para el control de buques por los Estados rectores de puertos, como resultado del incentivo dado por la Organización Marítima Internacional (OMI) para la instalación de sistemas eficientes de inspección de buques con el propósito de verificar la competencia del capitán y de los oficiales a bordo, revisar las condiciones de un buque y que su equipamiento cumpla con los requerimientos de las convenciones internacionales⁵, lo que contribuye a minimizar o eliminar de los océanos y mares los barcos considerados como inferiores, y con ello a mantener la seguridad de la navegación y prevenir la contaminación marina. Entrado en vigor el 20 de agosto de 2013, el CTM 2006 ha sido objeto de sucesivas enmiendas en los años 2014, 2016 y 2018, por lo que se hace referencia a él en su forma enmendada. Cuba como miembro de la OIT aún no lo ha ratificado, sin embargo, a pesar de ello y de no contar con una normativa laboral y de seguridad social específica para la gente de mar, garantiza de manera genérica la protección de los derechos fundamentales de esta categoría especial de trabajadores.

El carácter insular de Cuba y su privilegiada posición geográfica en el Mar Caribe, con proximidad al Golfo de México y al Océano Atlántico, así como sus proyecciones de desarrollo como economía abierta que depende casi exclusivamente del comercio exterior y sobre todo del que se realiza por mar, obligan a tener un mayor acercamiento a las convergencias entre

⁴ Entre ellos: Convenio C147 sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976, y su Protocolo de 1996; Convenio C180 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996; Convenio C179 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996; Convenio C178 sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996; Convenio C166 sobre la repatriación de la gente de mar (revisado), 1987; Convenio C165 sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado), 1987; Convenio C164 sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar), 1987; Convenio C163 sobre el bienestar de la gente de mar, 1987; Convenio C146 sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar), 1976; Convenio C145 sobre la continuidad del empleo (gente de mar), 1976.

⁵ Tales como, por ejemplo: Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, MARPOL Londres; Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar, 1978, STCW Londres; Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1978, SOLAS Londres; Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo, 1979, SAR Hamburgo.

Derecho de la Navegación y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el ordenamiento jurídico cubano, de ahí que con el presente artículo se propone fundamentar la necesidad de perfeccionar el actual régimen jurídico laboral y de seguridad social de la gente de mar en Cuba, con base en el principio de especialidad que está presente en dichas materias jurídicas y el reconocimiento de los vacíos existentes en la legislación vigente al respecto.

Para ello se debe tener en cuenta que en la actualidad resulta pertinente hablar de un Derecho Laboral Marítimo como toda una especialidad interdisciplinaria, y a modo de hipótesis pudiera afirmarse que, teniendo en cuenta el carácter y rasgos del Derecho Marítimo, ya se está en presencia de la internacionalización del Derecho Laboral en el ámbito del Derecho Marítimo.

2. La categoría laboral especial “gente de mar”: un punto de encuentro entre el Derecho Marítimo, el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional

El trabajo que se desarrolla en los medios navales – entendidos como tales buques, embarcaciones y artefactos navales – está ajustado a las características extraordinarias inherentes al medio marino. Así, el medio naval donde tiene lugar la actividad diaria de los profesionales del mar es considerado como “lugar de trabajo”, pero a su vez también tiene implícita la condición de “domicilio temporal” de los tripulantes⁶. Esta doble condición hace que los trabajadores estén sometidos a unas condiciones laborales y de vida diferentes a las de otros sectores económicos y a la normalidad que caracteriza al mundo laboral en tierra.

Las características de este “centro de trabajo” determinan la organización del trabajo y el bienestar social. Al respecto, se coincide con Chávez en los siguientes rasgos:

- es un medio bastante inestable y en continuo movimiento;
- tiene limitaciones físico-espaciales para la convivencia y provoca aislamiento social y familiar, así como dificultades para la comunicación a bordo por la diversidad de idiomas;
- las jornadas laborales pueden ser excesivamente prolongadas y los descansos reducidos;
- las condiciones de seguridad están determinadas por el número de tripulantes a bordo;

⁶ *Vid.* L.E. CHÁVEZ, *op. cit.*

- el aumento de la cantidad y complejidad de las tareas de la tripulación, cada vez menor por la introducción de nuevas tecnologías a bordo de los buques, genera incidencias negativas en la salud, como estrés, hipertensión, depresiones, insomnio, etc.;
- el tiempo de exposición permanente a ruidos y vibraciones es mayor que en otros sectores, así como inferior el tiempo de recuperación⁷.

En razón de ello, cuantiosos, diversos y complejos han sido los instrumentos internacionales adoptados sobre el trabajo de la gente de mar, en cuestiones de derechos fundamentales, de trabajo y de seguridad social, que en muchos casos han requerido revisiones o actualizaciones o simplemente la fijación de normas mínimas. Pero, ¿quiénes son las gentes de mar? ¿Qué derechos les asisten? Antes de entrar a analizar la protección de la gente de mar en la legislación cubana, es preciso despejar estas interrogantes, tanto desde el punto de vista teórico como legislativo.

Primero que todo, hay que decir que en torno al concepto de gente de mar no ha existido suficiente claridad ni consenso. Para algunos estudiosos la gente de mar es solo aquella que realiza funciones náuticas o técnico-navales en el buque, de manera que otros trabajadores como cocineros, limpiadores, etc., no tienen dicho carácter. Sin embargo, esta noción a luz de la realidad actual puede ser considerada como restrictiva o limitada.

En España, por ejemplo, la Dirección General de la Marina Mercante ha planteado que no se consideran como gente de mar las personas que trabajan a bordo de los buques en periodos de corta duración, de forma no habitual y teniendo todos sus puestos y su lugar de trabajo principal en tierra⁸. Como resultado, tienen entonces consideración de gente de mar o marino:

- toda persona con una formación y titulación avalada por autoridad competente, que ejerce funciones profesionales marítimas en los buques, tareas de seguridad o de prevención de la contaminación relacionadas con las operaciones del buque;
- las personas que ocupen los puestos de trabajo a bordo que estén definidos y contenidos en la nomenclatura de cargos aprobada;
- todos los trabajadores, incluidos el personal de camarotes y de limpieza, personal del bar, camareros, animadores, cantantes, personal de cocina, que desarrollen su actividad profesional a bordo del buque de forma habitual y sin tener sus puestos o su lugar de trabajo principal en tierra;
- las personas que embarcan para proteger el buque y a su tripulación

⁷ *Idem.*

⁸ *Vid.* MINISTERIO DE FOMENTO DEL REINO DE ESPAÑA, *Ratificación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006*, en *BOE*, 22 enero 2013, n. 19-22.

como guardias privados, cuando estos lo hagan en periodos largos;

- los alumnos de prácticas embarcados a tales efectos⁹.

Esta delimitación pautada por la Dirección General de la Marina Mercante española con respecto a la gente de mar se corresponde con la fijada por el CTM 2006, el cual transformó completamente aquella concepción restrictiva del concepto, al expresar en su art. II que los términos “gente de mar” o “marino” designan a toda persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el convenio, por lo tanto, no establece distinciones por jerarquías u ocupaciones ni deja fuera a ninguna categoría de trabajador de mar¹⁰.

Al decir de la destacada profesora Fotinopoulou,

el CTM 2006 emplea una noción híbrida de gente de mar, entre marítima y terrestre, de tal manera que este texto internacional [...] no sólo se aplica a quienes efectivamente desarrollen [...] una actividad náutica a bordo de un buque, sino que también extiende su ámbito de aplicación subjetivo, sin perjuicio de la introducción de salvedades por las legislaciones internas de cada Estado parte en supuestos específicos, a cualesquiera otros colectivos de trabajadores que desarrollen una actividad a bordo del buque¹¹.

Dada la trascendencia del CTM 2006 para el Derecho Laboral Marítimo y la importancia de su ratificación por parte de los Estados ribereños como Cuba, es válido hacer un breve aparte para abundar sobre dicho instrumento internacional.

3. El Convenio sobre el Trabajo Marítimo y los derechos de la gente de mar

El CTM 2006 se aprobó el 23 de febrero de 2006 en la 94ª Conferencia Internacional del Trabajo, con 314 votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones. Para que entrase en vigor se exigía un doble requisito: la ratificación por al menos 30 Estados miembros de la OIT que en su conjunto poseyeran como mínimo el 33% del arqueo bruto de la flota mercante del mundo, esto último alcanzado en 2009. Por su parte, la cifra

⁹ *Idem*.

¹⁰ Así lo había hecho ya el Convenio OIT sobre el bienestar de la gente de mar, 1987, en su art. 1.1.a, al consignar que «la expresión “gente de mar” o “marinos” designa a todas las personas empleadas, con cualquier cargo, a bordo de un buque dedicado a la navegación marítima, de propiedad pública o privada, que no sea un buque de guerra».

¹¹ *Vid.* O. FOTINOPOULOU, *El abandono de la gente de mar y el recurso al aseguramiento privado vía P&I: una visión desde España*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n. 2, p. 428.

requerida de Estados miembros se alcanzó el 20 de agosto de 2012 y así la también llamada “Carta de derechos de los marineros” entró en vigor el 20 de agosto de 2013¹².

Una primera idea a destacar es que desde su preámbulo el CTM 2006 se proyecta como un instrumento unificador que pretende integrar y dar coherencia a las normas y recomendaciones¹³ contenidas en los instrumentos internacionales sobre el trabajo marítimo vigentes hasta ese momento, adoptados en el marco de la OIT¹⁴, así como los derechos fundamentales reconocidos en convenios internacionales del trabajo (sobre el trabajo forzoso y su abolición; sobre la libertad sindical, la protección del derecho de sindicación, el derecho de sindicación y de negociación colectiva; sobre igualdad de remuneración; sobre la discriminación en el empleo y la ocupación; sobre la edad mínima; y sobre la abolición del trabajo infantil, etc.), que promueven condiciones de trabajo decentes, con lo cual se reconoce el amparo legal de la gente de mar, tanto general por su condición de personas, como especial por las características del sector y actividades que realizan como trabajadores¹⁵.

Según Chaumette, el CTM 2006 abrió una nueva página en la historia del trabajo marítimo; se desmarcó de las convenciones marítimas tradicionales y devino el cuarto pilar del derecho internacional marítimo, junto con los convenios de la OMI ya precitados (SOLAS, MARPOL y STCW)¹⁶.

Desde el punto de vista estructural, el Convenio consta de tres partes

¹² Vid. A.J. RODRÍGUEZ GÓMEZ, *Protección laboral de la gente de mar*, en derechomaritimo.venezolano.wordpress.com, 29 abril 2017.

¹³ La diferencia que existe entre los convenios y las recomendaciones es que los primeros son acuerdos de la Conferencia que cuando son ratificados por un Estado miembro crean obligaciones internacionales como país signatario, mientras que las segundas son acuerdos de la propia Conferencia que aunque se someten a las autoridades nacionales competentes, no originan obligación internacional alguna y constituyen solamente una orientación a seguir por los gobiernos para implementar el Convenio.

¹⁴ Resulta pertinente realizar esta acotación, por cuanto a instancias de la Organización Marítima Internacional (OMI) también se han aprobado instrumentos de gran importancia en el contexto del trabajo marítimo.

¹⁵ En este sentido se destacan instrumentos tales como: el SOLAS 74, enmendado, que representa una garantía para la protección de la gente de mar en ocasión de su actividad laboral (en cuanto a la adopción de las medidas que correspondan; inspección del estado general de los medios navales, de las condiciones de trabajo y vida a bordo, del equipamiento, etc.); el STWC 78, enmendado, que garantiza la profesionalización de la actividad laboral marítima; el SAR 79, con respecto a la búsqueda, auxilio y salvamento de personas en peligro en el mar, incluyendo a la gente de mar en caso de accidente o siniestro marítimo; entre otros.

¹⁶ Vid. P. CHAUMETTE, *De l'évolution du droit social des gens de mer : les marins sont-ils des salariés comme les autres? Spécificités, banalisation et imbrication des sources*, en *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, 2009, n. 27, pp. 471-499.

diferentes, pero relacionadas entre sí, a saber: los artículos, el Reglamento y el Código. Los artículos y el Reglamento establecen los derechos y principios fundamentales y las obligaciones básicas de los Miembros ratificantes; mientras que en el Código se detalla la aplicación del Reglamento, en dos partes: la parte A (normas obligatorias) y la parte B (pautas no obligatorias). El Reglamento y el Código están organizados por temas generales, en cinco títulos y sus respectivas reglas, como se detalla:

- Título 1, *Requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques*:
 - Regla 1.1, *Edad mínima*;
 - Regla 1.2, *Certificado médico*;
 - Regla 1.3, *Formación y calificaciones*;
 - Regla 1.4, *Contratación y colocación*;
- Título 2, *Condiciones de empleo*:
 - Regla 2.1, *Acuerdos de empleo de la gente de mar*;
 - Regla 2.2, *Salarios*;
 - Regla 2.3, *Horas de trabajo y de descanso*;
 - Regla 2.4, *Derecho a vacaciones*;
 - Regla 2.5, *Repatriación*;
 - Regla 2.6, *Indemnización de la gente de mar en caso de pérdida del buque o de naufragio*;
 - Regla 2.7, *Niveles de dotación*;
 - Regla 2.8, *Progresión profesional y desarrollo de las aptitudes y oportunidades de empleo de la gente de mar*;
- Título 3, *Alojamiento, instalaciones de esparcimiento, alimentación y servicio de fonda*:
 - Regla 3.1, *Alojamiento y servicios de esparcimiento*;
 - Regla 3.2, *Alimentación y servicio de fonda*;
- Título 4, *Protección de la salud, atención médica, bienestar y protección social*:
 - Regla 4.1, *Atención médica a bordo de buques y en tierra*;
 - Regla 4.2, *Responsabilidad del armador*;
 - Regla 4.3, *Protección de la seguridad y la salud y prevención de accidentes*;
 - Regla 4.4, *Acceso a instalaciones de bienestar en tierra*;
 - Regla 4.5, *Seguridad social*.

El Título 5 está referido al cumplimiento y control de la aplicación del Convenio, en lo tocante a las responsabilidades del Estado del pabellón, las responsabilidades del Estado rector del puerto y las responsabilidades en relación con el suministro de mano de obra.

Así, a los efectos de la entrada en vigor, el Convenio “revisa” los convenios que tienen que ver con el trabajo de la gente de mar y las distintas instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que lo regulan, desde el acceso al empleo, la contratación, la jornada de trabajo y

el descanso retribuido, hasta la seguridad y salud en el trabajo, la inspección del trabajo, la seguridad social y la repatriación (véase el art. X del Convenio).

Hay que tener en cuenta ante esta situación que “revisión” y “derogación” no son conceptos jurídicos equivalentes, de manera que los Convenios revisados siguen manteniendo su vigencia para los Estados miembros de la OIT que los hubieran ratificado y que, contrariamente, no ratifiquen el CTM 2006¹⁷, *v.gr.*, la República de Cuba¹⁸.

En virtud del art. 19.5.d de la Constitución OIT, el Estado que ratifica un convenio se compromete a adoptar «las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio». La obligación no consiste únicamente en incorporar el convenio al derecho interno, sino que entraña también la necesidad de velar por su aplicación en la práctica y darle efecto mediante la vía legislativa por cualquier otro medio que esté en conformidad con la práctica nacional, tales como los previstos por el convenio (por ejemplo: decisiones judiciales, laudos, convenios colectivos). Asimismo, los Estados ratificantes están en la obligación de presentar memorias en virtud del art. 22 de la Constitución OIT.

Existen otros supuestos muy importantes a tener en cuenta, dígame: revisión, denuncia, derogación o retiro de un convenio o de una recomendación. Con respecto a la revisión, esta conduce en la mayoría de los casos a la adopción de un nuevo convenio y solo se considera que un convenio revisa un instrumento anterior cuando se declara, explícita o implícitamente, en su título, su preámbulo o su parte dispositiva, la intención de revisar tal instrumento¹⁹. En relación con la denuncia, significa el cese de las obligaciones derivadas de un convenio ratificado y en todos los convenios hay un artículo en el que se precisan las condiciones con arreglo a las cuales los Estados que lo han ratificado pueden denunciarlo.

En cuanto a la derogación o retiro, la OIT establece que un convenio o una recomendación es considerado obsoleto «si se considera que ha perdido su objeto o que ya no representa una contribución útil a la consecución de los objetivos de la Organización» (art. 19.9 de la Constitución)²⁰. El

¹⁷ Vid. P. DE LA VILLA, *Convenio de la Organización Internacional de Trabajo sobre el Trabajo Marítimo, 2006. Ratificación y vigencia. Texto normativo*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2014, n. 82, pp. 397-413.

¹⁸ Si bien la ratificación por sí misma no es demostrativa de su aplicación, conlleva la voluntad de valorar y modificar los aspectos legislativos y prácticos del ordenamiento jurídico interno en función de la aplicación efectiva de las normas ratificadas.

¹⁹ Cfr. OIT, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, 2019.

²⁰ *Ibidem*, pp. 6-7.

procedimiento de derogación se aplica a los convenios en vigor y el retiro se aplica a los convenios que no están en vigor o a las recomendaciones, pero tanto la derogación como el retiro tienen el mismo efecto jurídico que una supresión de la norma de que se trate del *corpus* de normas internacionales del trabajo²¹.

A criterio de Chaumette,

no es suficiente adoptar las convenciones internacionales, esperar su ratificación por los Estados, luego su aplicación. [...] Se necesita articular la regionalización de las convenciones internacionales y su transposición al seno del derecho nacional, [...] englobar su aplicación en procesos de evaluación y de controles regionales e internacionales²².

En cuanto al articulado, el CTM 2006 utiliza el art. III para enumerar los derechos y principios fundamentales comunes a todo tipo de trabajador y que han de respetar todos los Estados Miembros que hayan ratificado el convenio, que son cuatro. En primer lugar, «la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva», principios de indudable valor que, en el caso de Cuba, ya se encuentran reconocidos en la Constitución de la República y el vigente Código de Trabajo, aunque no expresados en esos términos²³. Y posteriormente, se enumeran los derechos fundamentales relativos a «la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio», «la abolición efectiva del trabajo infantil» y «la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación». De esta forma se impide la existencia de explotación laboral, trabajo infantil, así como cualquier tipo de discriminación en el trabajo, todos ellos incluidos en los principios fundamentales que rigen el derecho del trabajo en Cuba, a tenor del art. 2 del Código de Trabajo cubano.

Esencial resulta el art. IV, el cual enumera taxativamente los derechos en el empleo y derechos sociales de la gente de mar, a saber: el derecho a un lugar de trabajo seguro y protegido en el que se cumplan las normas de seguridad; el derecho a condiciones de empleo justas, incluido el salario²⁴, el

²¹ *Idem*.

²² *Vid.* P. CHAUMETTE, *op. cit.*

²³ *Cfr.* la Constitución de la República de Cuba, promulgada y en vigor desde el 10 de abril de 2019, art. 56, que incluye el derecho de asociación, y arts. 2.*j* y 13, ambos de la Ley 116/2013, Código de Trabajo cubano.

²⁴ Los salarios deberán ser pagados regularmente (mensualmente), incluir los estados de cuenta mensuales, permitir a la gente de mar transferir parte o la totalidad de su salario y mantener los cargos de conversión de divisas a límites razonables.

descanso²⁵; el derecho a condiciones decentes de trabajo y de vida a bordo²⁶; el derecho a la protección de la salud, a la atención médica, a medidas de bienestar y a otras formas de protección social; cuyo ejercicio podrá asegurarse mediante la legislación nacional, los convenios colectivos aplicables, la práctica u otras medidas. Las reglas contenidas en los Títulos 2, 3 y 4 reflejan estos derechos, que tienen en cuenta cuestiones medulares para la gente de mar como son el derecho a la repatriación en caso de abandono en puerto extranjero y la compensación por la pérdida o hundimiento del buque.

Al decir de Piniella el CTM 2006 consta de dos puntos fundamentales que integran el régimen convencional internacional en torno a la gente de mar: por un lado, la previsión de mecanismos para el reconocimiento y la protección efectivos de los derechos de la gente de mar mediante procedimientos de inspección y de certificación, complementados por el sistema de presentación de informes a los órganos de supervisión de la OIT; y por otro, el complemento al *corpus* ya existente de normas marítimas internacionales consagradas en los convenios OMI por los que se rigen los aspectos comerciales de la navegación, la seguridad marítima y el control de la contaminación del medio ambiente marino²⁷.

El reconocido experto gaditano hace un énfasis muy marcado en la importancia de la implementación del Convenio a través de las inspecciones del Estado rector del puerto. Alrededor de este aspecto, en un trabajo anteriormente publicado sobre el MOU París, Rodríguez y Piniella habían afirmado que la principal función del Memorando de Entendimiento es minimizar el riesgo de desastre marítimo por medio de su régimen de inspección, pero no evitar los accidentes marítimos como tal, ya que en torno a su ocurrencia no gravitan solo los factores técnico-náuticos, sino sobre todo el factor humano. En este sentido, ya se había considerado que la mayor parte de las deficiencias reveladas por los inspectores de puertos se debían a insuficiente educación y entrenamiento de las tripulaciones no europeas, lo que sugería la necesidad de que la Comisión Europea repensara la cuestión de las licencias y en consecuencia exigiera la obtención de

²⁵ Las horas de descanso deberán ser como mínimo de 10 horas en cualquier periodo de 24 horas, o bien, de 77 horas en cualquier periodo de 7 días, de manera que se garantice el descanso necesario, que los periodos de descanso se interrumpan lo menos posible y que en caso de que la gente de mar sea convocada durante un periodo de descanso pueda tener derecho a un período de descanso para compensarlo.

²⁶ Esto ha de cumplirse tanto en el ámbito laboral como en el ámbito cotidiano o de ocio a bordo, dada la particularidad de que la dotación convive en el mismo lugar en que trabaja y por periodos de tiempo que pueden llegar a ser muy largos.

²⁷ *Vid.* F. PINIELLA, *op. cit.*

licencias europeas²⁸.

4. La legislación cubana y la protección de la gente de mar

Tal como se había apuntado en las notas introductorias de este trabajo, el mar resulta decisivo para el desarrollo económico y comercial de Cuba. Lo ha sido a lo largo de más de cinco siglos de historia como país y lo seguirá siendo innegablemente en el futuro, tanto por el desarrollo alcanzado por el transporte marítimo, fluvial y lacustre a escala mundial y las exigencias de índole técnica y económica que de ello se derivan, como por la estrategia de proyección internacional de la economía cubana de cara al desarrollo sostenible del país y su competitividad.

De ahí la necesidad de regular adecuadamente el régimen general de la navegación, lo cual en el ordenamiento jurídico cubano se realiza a través de la Ley 115/2013, de 6 de julio, de la navegación marítima, fluvial y lacustre; su Reglamento, el Decreto 317/2013, de 2 de octubre; el Código de Comercio español de 1885, hecho extensivo a Cuba en su condición de provincia ultramarina por el RD de 28 de enero de 1886, solo en lo tocante a la institución del seguro marítimo; y por los instrumentos internacionales que rigen esta materia de los cuales el Estado cubano es signatario.

Por añadidura, constituye un imperativo para los Estados nacionales regular, ya sea internamente o mediante adhesión a las normas y reglas internacionales aprobadas por la OIT y establecidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (UNCLOS III), las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los medios navales. Analicemos el caso cubano²⁹.

4.1. La definición de “gente de mar” en el Derecho cubano

En cuanto a la doctrina cubana, resulta escaso el tratamiento de la categoría “gente de mar”, tanto en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como en el Derecho Marítimo o el Derecho Internacional (sobre todo privado). Además, puede resultar curioso que la categoría alcance una mayor amplitud de tratamiento en textos de Derecho del Trabajo que

²⁸ Vid. E. RODRÍGUEZ, F. PINIELLA, *The New Inspection Regime of the Paris Mon on Port State Control: Improvement of the System*, en *Journal of Maritime Research*, 2012, n. 1, pp. 9-16.

²⁹ En otros contextos regionales pudiera incorporarse al análisis el Sistema Interamericano, pero como se sabe Cuba no es miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA).

propriadamente en los de Derecho Marítimo, pero solo a los efectos del abordaje que sobre los convenios relativos a la gente de mar ofrece la reconocida profesora Viamontes³⁰.

En los textos cubanos sobre la materia marítima, Abreu se refiere a la categoría “gente de mar” cuando toca precisamente el aspecto de la relación jurídica que vincula a la gente de mar con las entidades empleadoras, a los efectos de la contratación o enrolo y de la colocación a instancias de los convenios OIT. Al respecto apunta el destacado profesor cubano que en este proceso se manifiesta una doble relación jurídica contractual (Contrato de Embarque o Enrolamiento y Contrato de Agencia), en la cual la llamada entidad empleadora actúa como ente intermediario entre el marino y el armador o naviero³¹.

Por otra parte, en la más reciente entrega editorial sobre la rama de los profesores Alberto Abreu y Dagniselys Toledano se retoma nuevamente la categoría, al adentrarse los autores en el tratamiento teórico del elemento personal en el comercio y el transporte marítimos – específicamente al clasificado como personal de a bordo –, y referirse a este como

la fuerza de trabajo que presta sus servicios y realiza sus funciones a bordo de los propios medios de transporte marítimo, es decir, a bordo de los buques con un desempeño vital en la explotación y operatividad de estos medios³²,

para llegar así a denominarla como *fuerza de trabajo marinera*.

Se desarrollan entonces algunos términos o servicios asociados con ese personal de a bordo, tales como: dotación, que comprende al Capitán y la tripulación y excluye a los pasajeros; tripulación propiadamente dicha, integrada por el personal técnico subordinado de forma directa o indirecta al Capitán y por el personal subalterno, este último conformado por los marineros de cubierta, auxiliares de cocina y otros que no ostentan el rango de oficiales; así como el personal de servicios auxiliares, no vinculados directamente a la actividad náutica, como son: el médico, el enfermero, el mayordomo, los cocineros, los ayudantes de cocina y otros³³.

En relación con la legislación cubana, puede decirse que la Ley 115/2013

³⁰ E. VIAMONTES, *Derecho Laboral cubano, teoría y legislación*, Félix Varela, 2007.

³¹ En este caso, estamos en presencia de un contrato similar al Contrato de Suministro de Fuerza de Trabajo que suscriben las empresas mixtas con las entidades empleadoras en Cuba, a tenor de la Ley 118/2014, Ley de la Inversión Extranjera. Cfr. A. ABREU, *El derecho en el transporte marítimo*, Félix Varela, 2006, p. 51.

³² Vid. A. ABREU, D. TOLEDANO, *Curso de Derecho Marítimo*, Félix Varela, 2016, p. 69.

³³ Para ampliar con respecto a la estructura y funciones del personal de a bordo desde el punto de vista teórico, puede ser consultado el citado texto de Abreu y Toledano.

no define la categoría “gente de mar”, como tampoco lo hacía el Código de Comercio de 1886 que regulaba todo lo concerniente al Derecho Marítimo en Cuba, sin embargo, el término cuenta con un tratamiento bastante profuso y necesario a lo largo de la norma, sobre todo con respecto a la formación, titulación y guardia, o a los documentos de identidad y viaje. Obviamente, esto deriva de la ratificación de Cuba al STCW 1978 – en su forma enmendada –, ya que como se verá más adelante Cuba no ha ratificado el Convenio C185, revisado en 2003, sobre los documentos de identidad de la gente de mar.

La referida Ley 115/2013 aplica a los tripulantes de un medio naval de bandera cubana, y por la inclusión de los apartados referidos a la gente de mar dentro del capítulo correspondiente a la tripulación³⁴ pudiera colegirse que es este un término comprensivo de la gente de mar, aunque no queda del todo precisado. Al respecto, cabe apuntar que, con apego a un verdadero rigor teórico, debió denominarse al capítulo correspondiente como *De la dotación*, tal cual lo hizo el legislador en el Reglamento de la Ley (Decreto 317/2013, Título X, Capítulo I).

Adicionalmente, está el Convenio OIT C022 relativo al contrato de enrolamiento de la gente de mar, el cual fue ratificado por Cuba, y que señala en su art. 2.a, que «la expresión gente de mar comprende todas las personas (excepto los capitanes, prácticos, alumnos de los buques escuela y aprendices obligados por un contrato especial de aprendizaje) empleadas o contratadas a bordo, que figuren en la lista de la tripulación».

Sin embargo, es conveniente aclarar que esta definición es aplicable solo a los efectos de la interpretación de este convenio, la cual se constriñe a la tripulación, o sea, que no considera como gente de mar al Capitán o Patrón de un medio naval.

En cuanto a la Ley 116/2013, Código de Trabajo, esta se limita a mencionar dicha categoría especial de trabajador en un solo artículo, el 32, cuarto apartado, correspondiente al capítulo Tercero sobre el Contrato de Trabajo, específicamente en la Sección Tercera sobre el Periodo de prueba previsto para que un trabajador demuestre poseer la idoneidad exigida para el desempeño del cargo o puesto de trabajo que aspira a ocupar³⁵, al disponer que para los *trabajadores de mar (sic)* este puede extenderse a la duración de la primera campaña o travesía.

³⁴ *Cfr.* art. 3.bh, Ley 115/2013, en el cual se define a la tripulación como el conjunto de personas subordinadas al Capitán o Patrón, según el caso, que están destinadas a atender todos los servicios y funciones a bordo del buque, embarcación y artefacto naval.

³⁵ *Cfr.* art. 32, Ley 113/2013, Código de Trabajo.

4.2. Breve panorámica situacional del ámbito marítimo cubano

En lo que se refiere a las estadísticas oficiales del Estado y el Gobierno cubanos sobre la marina mercante (cantidad de buques, tonelaje, desglose por listas de clasificación, cantidades de trabajadores enrolados, etc.), se puede afirmar que siempre ha resultado un problema su acceso, veracidad, consistencia, difusión y actualización. No es de dudar que esto sea por razones obvias de seguridad nacional, pero lo que sí parece estar claro es que la República de Cuba pasó de contar en el mercado marítimo internacional con «más de 100 buques de navegación de altura y hasta emplear buques en explotación de mercados de terceros países»³⁶ en los años 80 del pasado siglo, a tener 101 buques con un millón de toneladas de peso muerto de capacidad en 1998 y solo 27 buques para 2008³⁷.

De acuerdo con el sitio web www.vesselfinder.com, en el 2009 la Empresa Importadora General del Transporte (EIGT) perteneciente al Ministerio del Transporte (Mitrans) de Cuba compró (o encargó) 10 buques de 34 mil 900 toneladas de peso muerto cada uno a China National Machinery Import & Export Corporation a través de un contrato financiado por el banco chino Eximbank. Sus fechas de construcción oscilan entre 2011 y 2013 y actualmente todos navegan con bandera de Panamá³⁸, pero esta información no está reconocida por ningún medio oficial cubano.

Desde el punto de vista institucional, Cuba es miembro de la OMI desde 1966, lo que ha significado un mayor compromiso a nivel internacional a partir de la ratificación de convenios tales como:

- Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en accidentes que causen contaminación por hidrocarburo, Bruselas 1969;
- Convenio internacional sobre arqueo de buques, Londres 1969;
- Convenio sobre el reglamento internacional para prevenir abordajes, COLREG Londres 1972;
- Convenio internacional sobre la seguridad de contenedores, CSC Ginebra 1972;
- Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques,

³⁶ Vid. A. ABREU, D. TOLEDANO, *op. cit.*, p. 249.

³⁷ Según FORESIGHTCUBA, *Marina Mercante*, en foresightcuba.com, 15 octubre 2019, entre 1985 y 1997 no existen estadísticas oficiales y el último año que la Oficina Nacional de Estadísticas e Información (Onei) de Cuba ofrece estadísticas es el 2008.

³⁸ Haciendo uso, por supuesto, de la llamada “bandera de conveniencia”, recurso registral al que ha tenido que recurrir Cuba para que sus buques puedan arribar a puertos que no les están permitidos por su bandera nacional, debido generalmente a cuestiones de naturaleza política relacionadas con el embargo estadounidense y la aplicación de la Ley Helms-Burton. Vid. A. ABREU, D. TOLEDANO, *op. cit.*, pp. 44-45.

- MARPOL Londres 1973;
- Convenio sobre la organización internacional de telecomunicaciones marítimas por satélite, INMARSAT Londres 1976;
 - Convenio internacional de Torremolinos para la seguridad de los buques pesqueros, SFV Torremolinos 1977;
 - Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar, STCW Londres 1978;
 - Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, SOLAS Londres 1978;
 - Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo, SAR Hamburgo 1979.

Destacan asimismo el ingreso en el año 1994 a la Red Operativa de Cooperación Regional de Autoridades Marítimas de las Américas (ROCRAM por sus siglas), organismo de carácter regional a través del cual Cuba se adhirió al Acuerdo de Viña del Mar (MOU regional latinoamericano nacido en 1992).

En relación con la actividad portuaria, es importante reconocer que Cuba pertenece desde 1999 como miembro pleno al Comité del Memorando de Entendimiento del Caribe (MOU Caribe) para el Control de Buques por el Estado Rector del Puerto – constituido en 1996 –, que constituye el acuerdo subregional para la cuenca caribeña similar al Memorandum de Entendimiento de París (MOU París) de 1982 relativo a esta materia. En este sentido, en función de contribuir a una mejor fiscalización y control de la política portuaria del Estado cubano como rector de los puertos nacionales, por parte de la Administración Portuaria Nacional, se pone en vigor en 2002 una nueva Ley de Puertos de la República de Cuba en armonía con las nuevas realidades socioeconómicas, a partir de la promulgación del D-Ley 230/2002, De Puertos, su Reglamento contenido en el Decreto 274 y otras disposiciones administrativas complementarias.

Desde una perspectiva normativa, el régimen jurídico de la navegación que se identificó en la introducción a este apartado, se complementa con los instrumentos internacionales relativos a la gente de mar sobre los cuales se profundiza seguidamente.

4.3. Análisis del tratamiento de la gente de mar en el ordenamiento jurídico cubano

Dada la inexistencia de una ley especial para la gente de mar en Cuba, que complemente o integre los postulados que sobre esta categoría de trabajador aparecen en la Ley marítima (Ley 115/2013) y el Código de

Trabajo (Ley 116/2013) cubanos, es inevitable al referirse a este aspecto remitirse de manera indistinta a ambas normas sustantivas. En relación con la gente de mar y desde el punto de vista del Derecho Internacional, en la vigente Ley 115/2013 no se alude en ningún momento, como resulta obvio, al CTM 2006, ya que, aun cuando dicha Ley y su reglamento fueron sancionados en 2013 y habiendo Cuba votado a favor del convenio OIT, el país no lo había ratificado. Otro tanto sucede con su contemporánea Ley 116/2013, en la cual por supuesto tampoco es posible aludir de manera directa al CTM 2006.

En la línea de análisis del Derecho del Trabajo, es posible destacar el compromiso asumido por Cuba en materia de derechos de la gente de mar durante más de 80 años, al haber ratificado una gran parte de los convenios OIT relativos a esta categoría especial de trabajadores, entre otros³⁹: sobre la edad mínima para los trabajos marítimos; sobre indemnización por desempleo en caso de naufragio; sobre enrolamiento y la colocación de la gente de mar; sobre la repatriación de la gente de mar; sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar; sobre el alojamiento de la tripulación; sobre salarios y horas de trabajo a bordo y dotación; sobre los documentos de identidad de la gente de mar; sobre la continuidad del empleo de la gente de mar; entre otros.

No obstante, resulta a todas luces contradictorio que entre los 44 convenios y protocolos actualizados de la OIT no ratificados por Cuba, resalten varios instrumentos relacionados con la gente de mar. Estos son⁴⁰:

- Convenio sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar), 1976;
- Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976;
- Convenio sobre el bienestar de la gente de mar, 1987;
- Convenio sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar), 1987;
- Convenio sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado), 1987;
- Convenio sobre la repatriación de la gente de mar (revisado), 1987;
- Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996;
- Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996;
- Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996;
- Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003;
- Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006;
- Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la marina mercante

³⁹ Vid. OIT, *Ratificaciones de Cuba*, en www.ilo.org/dyn/normlex/es.

⁴⁰ *Idem*.

(normas mínimas) de 1976.

Significa que están vigentes para Cuba muchos de los convenios que en su momento integró y revisó el CTM 2006, puesto que no habrían sido denunciados. En la pesquisa realizada con motivo del presente trabajo no se pudo determinar si la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha recogido recientemente en el examen de las Memorias que los Estados Miembros deben presentar en relación con los convenios ratificados a tenor del art. 22 de la Constitución OIT, alguna referencia a posibles incumplimientos de Cuba en relación con estos; o sobre la explicación de las razones de la falta de ratificación de los no ratificados, incluido el CTM 2006.

Retomando la Ley 115/2013, en ella se establece como competencia del Mitrans la función de implementar y controlar las condiciones y requisitos para la gente de mar, así como expedir, suspender y cancelar refrendos y certificados de aptitud. Valdría la pena aclarar o desarrollar mejor dichas “condiciones” y “requisitos”, incluso desde el punto de vista de la legislación laboral vigente, en relación con la política de empleo en el país rectorada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), y en concreto con el derecho de acceso al empleo y el principio rector de la idoneidad demostrada.

Por otra parte, se señala como competencia del Ministerio del Interior, entre otras, las funciones de expedir, suspender y cancelar los documentos de identidad y de viaje de la gente de mar cubana y de la extranjera residente permanente en el territorio nacional; el Carné de Mar, el de Pesca Profesional, el Permiso Permanente de Navegación, y otros de carácter especial que se requieren para hacerse a la mar; así como controlar los títulos de la gente de mar cubana. Con respecto a la formación, titulación y guardia para la gente de mar, se reconoce la sujeción al STWC 1978 (en su forma enmendada); y se establece la administración, aplicación, ejecución y control de esta cuestión por parte del Mitrans a nombre del Gobierno de la República de Cuba.

De la lectura del articulado se colige el carácter profesionalizado (titulado o certificado) y técnicamente especializado (competencia y aptitud física para navegar) de la gente de mar. También en este aspecto se manifiesta ese carácter cuasi dual de la Autoridad Marítima Nacional en Cuba, al poner en manos del Ministerio del Interior funciones tales como: el avalúo de las certificaciones de competencia marítima emitidas por los centros autorizados para la formación y el registro de los títulos; así como lo relativo a los documentos de identidad y el registro del servicio en el mar⁴¹.

⁴¹ *Cfr.* Decreto 317/2013, Título X, Capítulo IV, arts. 116-122.

En lo relativo a los medios o mecanismos de protección de la gente de mar, sin duda el primer instrumento de defensa o garantía con que cuenta el marino es el contrato de enrolamiento. Pero en ninguna de las dos leyes aparece definido como tal. De hecho, la Ley 115/2013 concibe el enrolo y el desenrolo como trámites administrativos a realizar ante las Capitanías de Puertos para el reconocimiento oficial del nombramiento o cese de la dotación de un buque, embarcación y artefacto naval, lo que le concede un carácter formal a la relación de trabajo y protege al marino ante el armador ante un eventual procedimiento judicial o administrativo. Mientras que la Ley 116/2013 obviamente se refiere al contrato de trabajo de manera genérica para la relación jurídica laboral individual que no surge por elección o designación, o en el caso de la relación jurídica laboral colectiva al convenio colectivo de trabajo. Esto remite entonces al ya aludido Convenio OIT C022, del cual se pueden destacar los siguientes artículos:

- art. 5: la gente de mar deberá recibir un documento que contenga una relación de sus servicios a bordo;
- art. 6: el contrato de enrolamiento deberá indicar claramente las obligaciones y los derechos respectivos de cada una de las partes;
- art. 8: la legislación nacional deberá prever disposiciones que establezcan las medidas necesarias para que la gente de mar se pueda informar a bordo, de manera precisa, sobre las condiciones de su empleo.

Estos elementos evidencian la importancia de contar con un contrato de trabajo escrito con estipulaciones precisas.

Otro aspecto a comentar es el de la protección del salario. Sobre este derecho, el art. 45.2.b de la Ley 115/2013, siguiendo la tendencia a nivel internacional, califica como crédito privilegiado a las «reclamaciones derivadas de contratos de trabajo con el Capitán o Patrón, la tripulación o cualquier otra persona empleada a bordo», y les otorga el segundo lugar en el orden de prelación. A nuestro juicio, esto representa un medio de protección del cual dispone el trabajador, ya que en caso de incumplimiento del pago del salario y otras prestaciones derivadas del contrato de enrolamiento, el trabajador puede solicitar embargo preventivo o prohibición de zarpe sobre el buque para el cual presta o prestó servicios, aunque el mismo haya cambiado de propietario o de pabellón, e inclusive si el armador se encuentra en un país distinto al del trabajador, a fin de inmovilizar ese buque y presionar al armador a que cumpla con la deuda o bien.

Con respecto a la seguridad y salud en el trabajo y la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aplica lo estipulado en el Código de Trabajo cubano y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Cuba. Sobre este particular, los autores desean hacer alusión,

por su interés y trascendencia, a la dotación mínima de seguridad, aspecto que sin dudas garantiza que la gente de mar trabaje a bordo de buques con una dotación suficiente o imprescindible a fin de que las operaciones del buque se hagan en condiciones de seguridad, eficiencia y protección⁴².

Por último, es imprescindible hacer alusión a la Ley 105/2008, de la Seguridad Social, la cual en su art. 5, relativo a los regímenes especiales de seguridad social, plantea en su inciso *g* «aquellos otros que resulten necesarios»; con lo cual consideramos que nada obsta para que los trabajadores del mar sean contemplados y protegidos jurídicamente por un régimen especial de seguridad social que en nuestros predios hoy no existe. Consideramos que la propuesta a formular podría basarse además en el análisis de la gente de mar como trabajadores que realizan actividades de Categoría II, a tenor del art. 21 de la propia norma, que considera como tales a los «trabajos realizados en condiciones en que el gasto de energías físicas, mentales, o ambas, es de tal naturaleza que origina una reducción de la capacidad laboral en el tiempo, al producirse un desgaste en el organismo no acorde con el que corresponde a la edad del trabajador», y faculta al MTSS para establecer o variar la relación de dichos trabajos con el asesoramiento del Ministerio de Salud Pública, la participación del Sindicato Nacional correspondiente y el Ministerio de Economía y Planificación. En este sentido, resulta clarificador el art. 17 del reglamento de la referida Ley, que describe las tres cualidades esenciales (sin que estas sean mutuamente excluyentes según se colige del propio texto legal) para clasificar un trabajo como Categoría II, a saber: pesado, peligroso y nocivo⁴³.

A partir de estos análisis, se puede concluir que existen vacíos en la legislación nacional en torno a la gente de mar, cuya ausencia es resuelta a lo largo de ambas normas – Ley 115/2013 y Ley 116/2013, respectivamente – bajo las fórmulas siguientes: «se rigen por la presente Ley y su Reglamento, y por los Tratados y Convenios Internacionales de los cuales es Parte la República de Cuba y le resultan aplicables» o «conforme al derecho internacional», las cuales encuentran su fuente en el art. 8 de la Constitución de la República, en el cual se expresa precisamente que lo «prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico

⁴² *Cfr.* Ley 115/2013, art. 62.1, así como el Reglamento de la Ley 115/2013, arts. 110-115.

⁴³ *Cfr.* Decreto 326/2014, Reglamento del Código de Trabajo de la República de Cuba, art. 17: «A los efectos del artículo anterior se considera como: Pesado: El trabajo continuo que implica una sobrecarga a la capacidad física del trabajador. Peligroso: El trabajo que se realiza con influencia de factores como la altura, inmersión prolongada o bajo tierra. Nocivo: El trabajo que se realiza en condiciones y presencia de factores que por su naturaleza, química, física, biológica o psíquica afectan la salud del trabajador».

nacional», lo cual remite a los convenios OIT en la materia ratificados por el país.

5. A modo de reflexiones finales

La protección laboral de la gente de mar transita en la actualidad por una fase de posglobalización o internacionalización del Derecho del Trabajo Marítimo, marcada por aspectos problemáticos como la desregularización y la privatización del sector del transporte marítimo, unidas al crecimiento de los registros abiertos y las banderas de conveniencia. En la nueva etapa de desarrollo y transformación, el derecho internacional marítimo se halla, quizá como nunca antes en su historia, ante la formulación de estrategias de adopción y adaptación de una gran cantidad de directrices, políticas, metas y planes de actividades y ordenamientos jurídicos de los mares, susceptibles de ser regulados.

En este contexto, la implementación del CTM 2006, a pesar de ser este un convenio de mínimos, ha adquirido una importancia capital en función de lograr condiciones laborales y de vida dignas a bordo y aumentar el poder de negociación de la gente de mar frente a las asociaciones de armadores, pero indudablemente queda todavía mucho camino por recorrer, sobre todo en lo relativo a la armonización de los criterios de aplicación y control de los acuerdos adoptados por las naciones.

En cuanto al régimen laboral de la gente de mar en Cuba, se ha evidenciado su conformación con base en los convenios internacionales de la OIT sobre el trabajo marítimo que el país ha ratificado y de las normas de la legislación interna que en alguna medida los han integrado al ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, se concluye que no existen en materia de legislación laboral adecuaciones al carácter específico y extraordinario de esta categoría de trabajadores, ni tampoco un régimen especial en materia de seguridad social.

Esta problemática plantea la necesidad de seguir profundizando en la identificación y análisis de las razones del Estado cubano para la no ratificación del CTM 2006; con ello determinar las repercusiones que esto ha podido tener desde el punto de vista de los compromisos contraídos por Cuba en sede de derechos de la gente de mar en la arena internacional y cuestionarse si serán suficientes y viables las actuales estructuras jurídicas e institucionales con que cuenta el país para responder de manera adecuada y coherente a las exigencias de la realidad internacional y contribuir a la aplicación de los estándares mínimos que promueve el reconocido instrumento en materia laboral.

6. Bibliografía

ABREU A., *El derecho en el transporte marítimo*, Félix Varela, 2006

ABREU A., TOLEDANO D., *Curso de Derecho Marítimo*, Félix Varela, 2016

CHAUMETTE P., *De l'évolution du droit social des gens de mer : les marins sont-ils des salariés comme les autres? Spécificités, banalisation et imbrication des sources*, en *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, 2009, n. 27, pp. 471-499

CHÁVEZ L.E., *Riesgos Laborales Marítimos. Situación aplicada a la Gente de mar y Peritos Marítimos en Colombia*, en *Verbum*, 2017, n. 12, pp. 51-72

COMISIÓN EUROPEA, *Nuevas medidas para mejorar las condiciones de trabajo de la gente de mar*, Comunicado de prensa, 27 julio 2017

DE LA VILLA P., *Convenio de la Organización Internacional de Trabajo sobre el Trabajo Marítimo, 2006. Ratificación y vigencia. Texto normativo*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2014, n. 82, pp. 397-413

FORESIGHTCUBA, *Marina Mercante*, en foresightcuba.com, 15 octubre 2019

FOTINOPOULOU O., *El abandono de la gente de mar y el recurso al aseguramiento privado vía P&I: una visión desde España*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n. 2, pp. 409-438

OIT, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, 2019

PINIELLA F., *El Convenio Internacional del Trabajo Marítimo: análisis de un año de inspecciones en el MoU de París*, en www.researchgate.net, julio 2015

RODRÍGUEZ E., PINIELLA F., *The New Inspection Regime of the Paris MoU on Port State Control: Improvement of the System*, en *Journal of Maritime Research*, 2012, n. 1, pp. 9-16

RODRÍGUEZ GÓMEZ A.J., *Protección laboral de la gente de mar*, en derechomaritimo.venezolano.wordpress.com, 29 abril 2017

VELÁZQUEZ J.C., *Tres vertientes del derecho internacional marítimo: derecho del mar, marítimo y de la navegación y su recepción en el orden jurídico de México, un Estado bioceánico*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2015, vol. XV, pp. 817-853

VIAMONTES E., *Derecho Laboral cubano, teoría y legislación*, Félix Varela, 2007

Normativa

Código de Comercio Español, 1885

Constitución de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 10 abril 2019, extraordinaria, n. 5.

[Constitución OIT](#)

Convenio OIT C022, *Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar*, 1926

Convenio OIT C163, *Convenio sobre el bienestar de la gente de mar*, 1987

Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, versión enmendada

Decreto 326/2014, Reglamento del Código de Trabajo, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 17 junio 2014, extraordinaria, n. 29

Decreto 317/2013, Reglamento de la Ley de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 4 noviembre 2013, extraordinaria, n. 24

Decreto 283/2009, Reglamento de la Ley de la Seguridad Social, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 24 abril 2009, extraordinaria, n. 13

Decreto-Ley 230/2002, de Puertos, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 13 septiembre 2002, n. 48

Ley 118/2014, de la Inversión Extranjera, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 16 abril 2014, extraordinaria, n. 20

Ley 115/2013, de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 4 noviembre 2013, extraordinaria, n. 34

Ley 116/2013, Código de Trabajo, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 17 junio 2013, extraordinaria, n. 29

Ley 105/2008, de la Seguridad Social, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 22 enero 2009, extraordinaria, n. 4

MINISTERIO DE FOMENTO DEL REINO DE ESPAÑA, *Ratificación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006*, en *BOE*, 22 enero 2013, n. 19-22

OIT, *Ratificaciones de Cuba*, en www.ilo.org/dyn/normlex/es

Web sites

ForesightCuba: <https://foresightcuba.com>

VesselFinder: www.vesselfinder.com

El empleo y el desempleo en Cuba: impacto del envejecimiento, la crisis económica y la unificación monetaria

Carmelo MESA-LAGO*

RESUMEN: Cuba tiene la tasa de crecimiento poblacional inferior en el continente americano y una de las más bajas a nivel internacional, lo cual ha reducido en términos absolutos la población económicamente activa y el empleo, a par que ha crecido la proporción de la población adulta mayor. Además, con un número muy alto de jubilados, la razón de trabajadores por un activo se ha reducido substancialmente, lo cual tiene efectos adversos en la sostenibilidad financiera de las pensiones públicas. Por otra parte, en los últimos 15 años, Cuba también ha tenido la tasa de desempleo declarado menor en América Latina y una de inferiores en el mundo, pero hay un desempleo “oculto” muy alto en el sector estatal (trabajadores innecesarios), que genera baja productividad laboral y salario real. Debido a la severa crisis económica actual y la unificación monetaria iniciada en 2021, quebrarán las empresas estatales con pérdidas y aumentará el desempleo declarado, pero, si se implementase adecuadamente la unificación, en el largo plazo mejoraría el empleo, la productividad laboral y el salario. Para dar empleo a la mano de obra excedente en el sector estatal, es fundamental expandir el empleo en el sector no estatal (particularmente el privado/trabajo por cuenta propia o PYMES) el cual tiene mayor productividad y salario real. El sector no estatal ha crecido desde 2011, pero enfrenta trabas burocráticas que lo restringen. Termina con conclusiones y recomendaciones para aliviar estos problemas.

Palabras clave: Cuba, empleo, desempleo declarado y oculto, envejecimiento poblacional, sector estatal y no estatal, crisis económica, unificación monetaria.

SUMARIO: 1. Envejecimiento poblacional. 2. Impacto en la población económicamente activa, el empleo y las pensiones. 3. Desempleo declarado, oculto y total. 4. Efectos de la crisis económica y la unificación monetaria en el desempleo. 5. Necesidad de expandir el sector no estatal. 6. Conclusiones y recomendaciones. 7. Bibliografía.

* Catedrático de Servicio Distinguido Emérito de Economía y Estudios Latinoamericanos, University of Pittsburgh (EE.UU.).

El autor es solo responsable de este artículo, pero agradece: aclaraciones y comentarios demográficos de Juan Carlos Albizu Campos, Profesor Titular del Centro de Estudios de la Economía Cubana, Universidad de La Habana (Cuba); cálculos de superficie y producción agrícola de Armando Nova, Profesor Titular del Centro de Investigaciones de Economía Internacional, Universidad de La Habana (Cuba); información sobre productividad de Pedro Monreal González, Especialista de Programas de la UNESCO.

Employment and Unemployment in Cuba: Impacts of Aging, the Economic Crisis and Monetary Unification

ABSTRACT: Cuba has the lowest rate of population growth in the American continent and one of the lowest in the world, which have reduced (in absolute figures) the economically active population and employment while increasing the proportion of the elderly population. In addition, with a very high number of retirees and pensioners, the ratio of active workers related to the passive population has declined, which have adverse effects on the financial sustainability of public pensions. Furthermore, in the last 15 years, Cuba has had the lowest rate of open unemployment in Latin America and among the lowest in the world, but there is a high rate of “disguised” unemployment (unneeded workers in the state sector) leading to low labour productivity and real wages. Due to the severe current economic crisis and monetary unification started in 2021, many state enterprises will endure losses and open unemployment will rise, however, if the unification program is properly implemented, in the long-run there will be improvement in employment, productivity and real wages. In order to provide jobs to the dismissed employees in the state sector, it is essential to expand the non-state sector (particularly the private one/self-employment work) that have higher labour productivity and real wages; this sector has expanded since 2011, but faces bureaucratic red tape that obstruct further growth. Ends with conclusions and recommendations to alleviate these problems.

Key Words: Cuba, employment, declared and disguised unemployment, population aging, state and non-state sectors, economic crisis, monetary unification.

1. Envejecimiento poblacional

Cuba es el país más envejecido de América Latina y el Caribe. Por su grado de envejecimiento, los países latinoamericanos se clasifican en cuatro grupos, ordenados de mayor a menor: 1) los más envejecidos, Cuba y Uruguay, donde el 20% de la población tiene 60 años y más; 2) envejecimiento acelerado, Chile, Argentina, Costa Rica y Brasil, la población adulta mayor oscila entre 13% y 16%; 3) envejecimiento moderado, Colombia, El Salvador, Panamá, Perú, México, Ecuador, Venezuela y República Dominicana, la cohorte envejecida fluctúa entre 9% y 12%; 4) envejecimiento incipiente, Paraguay, Bolivia, Nicaragua Haití, Honduras y Guatemala, la cohorte anciana oscila entre 7% y 9%¹. En 2014 se proyectaba que en 2025 Cuba alcanzaría al Uruguay como el país más envejecido en la región, pero eso ya ocurrió hace años. La Tabla 1 muestra el proceso de envejecimiento ocurrido entre 1953 y 2019 y proyecciones para 2030.

Tabla 1 – El envejecimiento de la población en Cuba, 1953-2030 (%)

Indicadores	1953	1970	1981	2002	2006	2012	2015	2018	2019	2030 ^a
Tasa de natalidad	2,50	2,20	1,40	1,26	1,26	1,12	1,11	1,04	0,98	/
Tasa de emigración neta	/	-0,06	-0,15	-0,13	-0,26	-0,42	-0,22	-0,19	-0,15	/
Tasa crecimiento población	2,11	2,16	1,14	0,28	-0,04	-0,07	0,10	-0,10	-0,14	-0,25
Población edad 0-14	36,2	36,9	30,3	20,5	19 ^b	17,2	16,5	16	15,8	15,5
Población edad 15-59 años	56,9	54	58,8	64,8	65,3 ^b	64,5	64,1	63,6	63,4	54,4
Población edad 60 y más	6,9	9,1	10,9	14,7	15,9 ^b	18,7	19,4	20,4	20,8	30,1

^a Proyección.

^b 2005.

Fuente: elaboración propia basada en ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba 2019, 2020*

Entre 1953 y 2019, la tasa de crecimiento de la población cubana se redujo en 2 puntos porcentuales (de 2,11% en 1953 a -0,14% en 2019) y se proyecta en -0,25% para 2030, por dos razones: Cuba tiene la tasa de natalidad más baja del hemisferio (mengando de 2,50% a 0,98%) y una tasa de emigración neta que crece de -0,06% a -0,42% en 1970-2012 si bien declina a -0,15% en 2019. La tasa cruda de reproducción (hijas por mujer en edad

¹ CEPAL, *Panorama Social de América Latina y el Caribe 2017, 2018*, pp. 24-28.

fértil) fue 1,65 en 2018, inferior a la tasa de remplazo de 2,1 hijos por mujer, de ahí que el tamaño de la población absoluta haya disminuido en años recientes². A ello contribuye el amplio conocimiento de la gente sobre el sistema reproductivo, la alta participación de la mujer en la fuerza laboral, el uso de contraceptivos y la disponibilidad gratuita del aborto (lo practica el 42% de las mujeres en edad fértil), y las difíciles condiciones de vida especialmente los escasos alimentos y la vivienda deteriorada³.

Otro factor que agrava el envejecimiento es la alta emigración ya citada, de la cual 76,7% está en la cohorte productiva, especialmente en actividades cualificadas⁴. La eliminación por el presidente Barack Obama en 2016 de la política de “pies secos/pies mojados” (que permitía la inmigración de cubanos, especialmente por embarcaciones precarias, siempre que tocasen tierra estadounidense) se mantuvo por el expresidente Donald Trump con su recia política anti-inmigratoria; esta medida debería de aliviar el problema explicado al reducir el flujo emigratorio⁵. La fuerte participación de cubano-americanos en la administración de Trump influyó las sanciones contra Cuba, pero no procuró una atenuación o reversión de la medida anti-inmigratoria.

La cohorte joven de la población (de 0 a 14 años) mermó de 36,9% en 1970 a 15,8% en 2019 y se proyecta bajará a 15,5% en 2030; la cohorte anciana (60 años y más) ha crecido: 6,9% en 1953, 20,8% en 2019 y se proyecta a 30,1% en 2030. La cohorte en edad productiva (de 15 a 59 años), crucial porque mantiene a las otras dos cohortes, ya comenzó a decrecer: desde su cima de 65,3% en 2010 bajó a 63,4% en 2019 y se proyecta a 54,4% en 2030 (Tabla 1). Por ello la “tasa de dependencia” (suma de las cohortes joven y anciana, dividida por la cohorte en edad productiva) ha aumentado de 53% en 1990 a 58% en 2019 y llegará a 84% en 2030, lo cual implica una pesada carga en aumento⁶.

Las políticas del gobierno para tratar de amortiguar el envejecimiento estimulando la natalidad incluyen: desde 2014 una comisión gubernamental que tiene por objetivo estimular la natalidad, para lo cual creó un servicio de ayuda a parejas infecundas; legislación en 2017 para incentivar la

² A. AJA DÍAZ, *Dinámica demográfica de Cuba: Actualidad y desafíos*, ponencia al seminario *Cuba's Demographic Challenges: Aging, Migration, and the Economy*, Cuban Research Institute, Florida International University, 21 abril 2016; ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba 2019*, 2020.

³ S. DÍAZ-BRIQUETS, *Accounting for Recent Fertility Swings in Cuba*, en *Population and Development Review*, 2014, vol. 40, n. 4, pp. 677-693.

⁴ A. AJA DÍAZ, *op. cit.*

⁵ La emigración disminuyó de 24.684 en 2015 a 16.794 en 2019, debido a las restricciones impuestas por el expresidente Trump (ONEI, *op. cit.*).

⁶ *Idem.*

fecundidad, la cual aumentó el monto de la licencia por maternidad, permitió su pago junto al salario por un año y autorizó recibirla a padres que cuidan a hijos y nietos; además redujo a la mitad el impuesto al ingreso personal de las madres, así como el costo de los círculos infantiles de acuerdo con el número de hijos; en 2019 se asignó una suma modesta para construir viviendas a madres con tres o más hijos con menos de 12 años⁷. A pesar de las políticas para estimular la fertilidad y la natalidad, el número de nacimientos disminuyó un 5,7% entre 2018 y 2019 (de 116.333 a 109.707), al igual que la tasa total de fecundidad mermó de 1,68 a 1,65 entre 2014 y 2018⁸.

2. Impacto en la población económicamente activa, el empleo y las pensiones

El envejecimiento poblacional ha provocado una disminución de la población económicamente activa (PEA): 12% entre 2011 cuando alcanzó su cima y 2017 cuando llegó al punto más bajo y después subió ligeramente, mientras que la PEA ocupada perdió 10,6% equivalente a 535.000 plazas menos entre 2001 y 2017 (el aumento en 2019 sobre 2017 fue de 2% en ambos casos; *vid.* Gráfico 1).

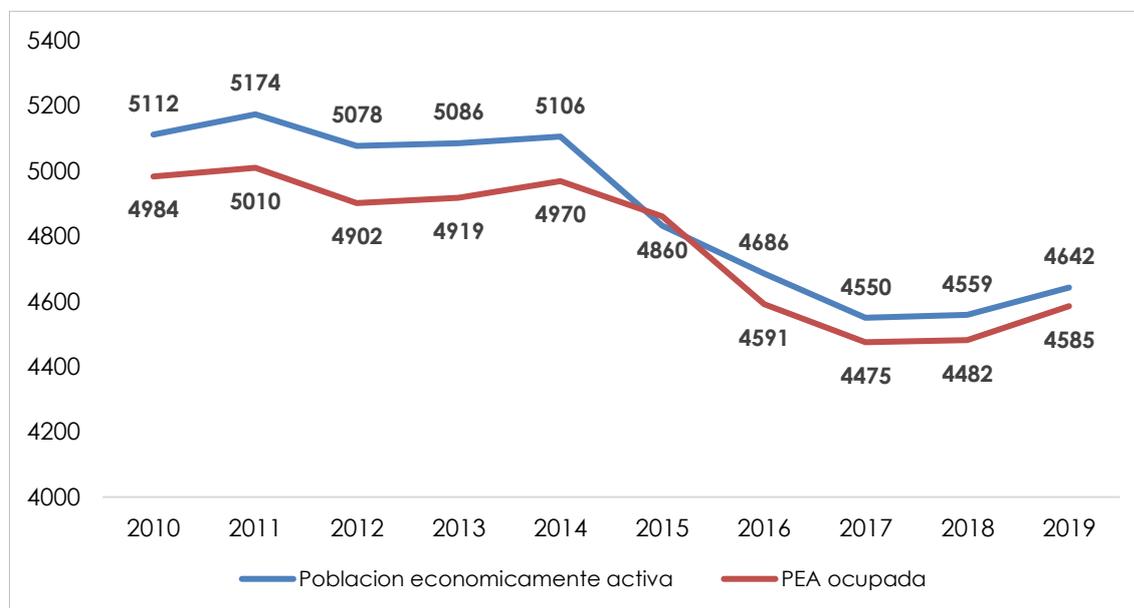
El pequeño aumento en 2018-2019 lo explica un demógrafo cubano por tres causas: a) en lugar de usar tasas netas, se usan tasas brutas que no toman en cuenta el impacto de la mortalidad creciente durante la vida activa (en 2020 el número de defunciones superó al número de nacimientos); b) se incluyen a los que buscan trabajo por primera vez así como militares vinculados a la agricultura, los cuales técnicamente deberían excluirse; c) dejaron de contar como emigrantes a los cubanos que salen definitivamente del país entre 2015 y 2017 y después los volvieron a contar a partir de 2018⁹. Las series de la PEA con tasas netas calculadas por dicho demógrafo para el período 1907-2030 muestran la tendencia declinante desde 2011¹⁰.

⁷ A. GARCÍA ELIZALDE, *Nuevas normas jurídicas aumentan la protección a la maternidad en Cuba*, en www.granma.cu, 11 febrero 2017; AGENCIA EFE, *Cuba le faltarán 800 mil trabajadores*, en *Trabajadores*, 26 febrero 2018; C. MESA-LAGO, S. DÍAZ-BRIQUETS, *Healthcare in Cuba: Sustainability Challenges in an Ageing System*, en *Journal of Latin American Studies*, 2021, vol. 53, n. 1.

⁸ OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *Anuario Demográfico de Cuba 2018*, 2019; DIARIO DE CUBA, *Al gobierno ya no le salen los números: sube la mortalidad infantil, se desploma la natalidad*, en diariodecuba.com, 3 enero 2020.

⁹ J.C. ALBIZU-CAMPOS, *Comunicación al autor desde La Habana*, 21 enero 2021.

¹⁰ J.C. ALBIZU-CAMPOS, *¿Es el descenso de la actividad económica de la población un fenómeno temporal en Cuba?*, en *International Journal of Cuban Studies*, 2020, vol. 12, n. 1, pp. 53-75.

Gráfico 1 – Impacto del envejecimiento en la PEA y la PEA ocupada, 2010-2019

Fuente: elaboración propia basada en ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba* (años 2010-2019), 2011-2020

La tasa de actividad económica (porcentaje de la población en edad laboral que es activa) decreció de 71,9% en 2014 a 63,8% en 2018 y se proyecta bajará a 53,9% en 2030 (*vid.* el Anexo). La tasa de actividad de las mujeres es alrededor de 30 puntos porcentuales menor a la del hombre; en las décadas primeras de la revolución hubo una notable incorporación de la mujer a la fuerza de trabajo, la cual parece haberse estancado e incluso revertido. El número de años de vida activa se proyecta se expandirá en todos los grupos quinquenales de edad entre 60 y 84 años – aunque decreciendo de 7 a 0,6 años por quinquenio – salvo en el grupo de 85 y más años en que disminuirá¹¹. La reducción de la PEA, especialmente jóvenes cualificados, será un serio problema a mediano y, especialmente, a largo plazo: entre 2012 y 2040 se prevé un déficit de 815.000 trabajadores; entre 2028 y 2032 se jubilarán 180.000 trabajadores pero sólo 120.000 personas arribarán a la edad laboral, o sea, una brecha de 60.000 personas¹².

Con la reducción de la PEA – paralela a la de la cohorte de 60 y más años

¹¹ Cifras actuales de ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba 2018, 2019*, y cifras proyectadas de ONEI, CEPDE, *Encuesta nacional de envejecimiento de la población*, 2017.

¹² AGENCIA EFE, *op. cit.*

– también merma la relación del número de trabajadores activos (PEA ocupada) por un pasivo (jubilados y pensionados), de 3,6 en 1989 a 2,7 en 2019, un indicador del desequilibrio del sistema previsional (Tabla 2). Nótese que la cima en el número de pasivos se alcanza en 2014, después baja hasta 2016 y se estanca en el período 2017-2019; esto se debe a la subestimación de la PEA ya explicada. Además, en 2008 una reforma de pensiones aumentó la edad de jubilación en cinco años para ambos sexos, lo cual pospuso las jubilaciones por un período de siete años y redujo el número de pasivos. En el XXI Congreso de la CTC en 2019, la ministra de trabajo y seguridad social Margarita González informó que en 2030 habría 1.000 trabajadores activos por 821 pasivos, o sea, una relación de 1,2¹³.

Tabla 2 – Relación de activos por un pasivo en Cuba, 1989 y 2005-2019

Años	Activos ^a (miles)	Pasivos ^b (miles)	Relación activos por un pasivo
1989	3.875	1.072	3,6
2005	4.722,5	1.495,8	3,2
2009	5.072,4	1.617,5	3,1
2010	4.984,5	1.632,6	3
2011	5.010,1	1.652,8	3
2012	4.902,2	1.663,6	2,9
2013	4.918,8	1.677,7	2,9
2014	4.969,8	1.683,5	2,9
2015	4.713,7	1.675,2	2,8
2016	4.591,1	1.676,9	2,7
2017	4.474,8	1.669,5	2,7
2018	4.482,7	1.670,5	2,7
2019	4.585,2	1.674,7	2,7

^a PEA ocupada.

^b Beneficiarios de pensiones contributivas.

Fuente: elaboración propia basada en COMITÉ ESTATAL DE ESTADÍSTICAS, *Anuario Estadístico de Cuba 1989, 1991*; ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba (años 2007-2019), 2008-2020*

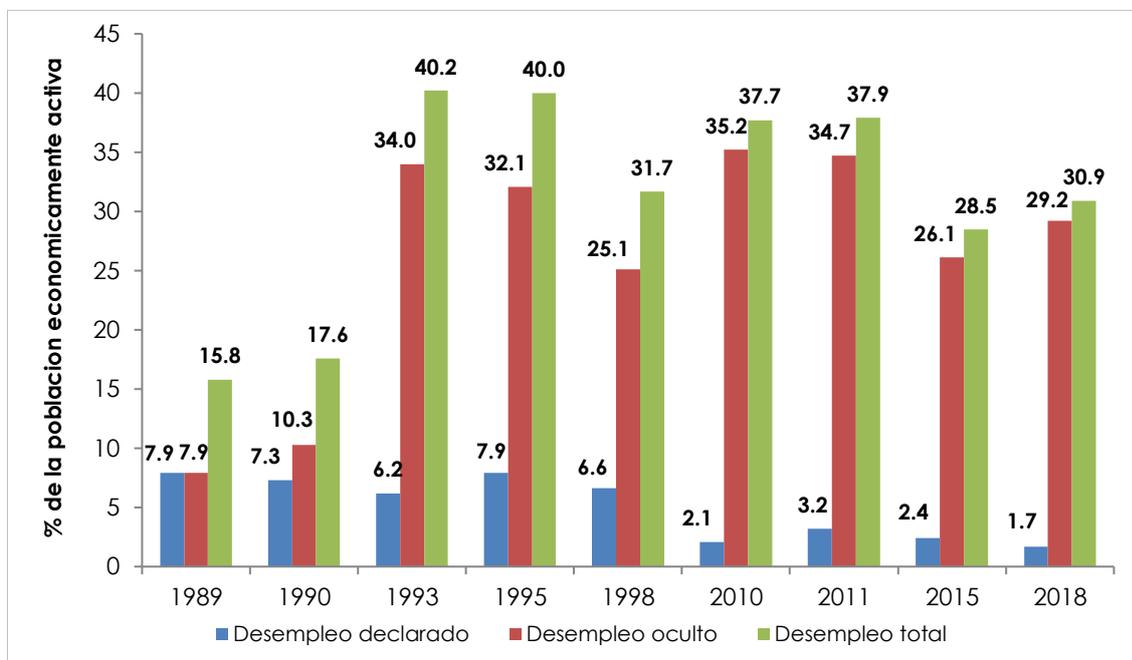
¹³ VANGUARDIA, *Temas económicos en la agenda de XXI Congreso de la CTC*, en *www.vanguardia.cu*, 21 abril 2019.

3. Desempleo declarado, oculto y total

La serie de desempleo declarado (“visible”) indica que mermó del 7,9% al 1,3% de la fuerza laboral entre 1989 y 2019 (Anexo), una de las cifras más bajas del mundo, lo que sugiere “pleno empleo”. Sin embargo, desde los inicios de la revolución, ha habido un excedente creciente de mano de obra en el sector estatal. Un ejemplo hipotético ilustra esto: el gobierno crea una fábrica estatal que necesita un máximo de 100 trabajadores, pero emplea 200, esto reduce el desempleo declarado, pero también disminuye a la mitad la productividad y el salario a los trabajadores, mientras aumenta el desempleo “oculto”, la mano de obra que realmente no necesita la empresa. La tesis doctoral del autor (1968) probó que este ejemplo era universal en la economía estatal cubana, refutando la creencia generalizada del pleno empleo¹⁴. Durante la crisis de los 90, cuando el PIB cayó 35% entre 1989 y 1993, el excedente de mano obra creció enormemente porque para impedir un gran salto del desempleo declarado, el gobierno no despidió a los trabajadores de las empresas estatales cerradas y continuó pagándoles el salario y subsidiando a las empresas, lo cual aminoró la productividad, escaló el déficit fiscal y los precios, y redujo los salarios¹⁵. La CEPAL estimó el desempleo oculto (llamándolo “desempleo equivalente”) entre 1989 y 1998: creció del 7,9% de la PEA en 1989 a una cima del 34% en 1993 y descendió al 21% en 1998. En 1993, el total del desempleo declarado más el oculto fue de 40% (*vid.* Gráfico 2).

¹⁴ C. MESA-LAGO, *Unemployment in Socialist Countries: USSR, East Europe, China and Cuba*, Tesis Doctoral, Cornell University, 1968.

¹⁵ C. MESA-LAGO, *El desempleo en Cuba: de oculto a visible*, en *Espacio Laical*, 2010, n. 4, pp. 59-66.

Gráfico 2 – Desempleo declarado, oculto y total en Cuba, 1989-2018


Fuente: elaboración propia basada en CEPAL, *La Economía Cubana: Reformas Estructurales y Desempeño en los Noventa*, Fondo de Cultura Económica, 2000; C. MESA-LAGO, *El desempleo en Cuba: de oculto a visible*, en *Espacio Laical*, 2010, n. 4

En 2010-2011, se publicaron cifras oficiales sobre el empleo innecesario en el sector estatal (se le llamó “nóminas infladas”). Había que despedirlo y emplearlo en el sector no estatal: 500.000 en 2010, un millón en 2011 y 1,8 millones entre 2011 y 2015. A fines de 2014 habían sido despedidos solo 418.000 empleados estatales superfluos, y en 2016 se decretó la terminación de los despidos, de forma que, tomando la meta de 2015, aún quedaban 1,3 millones de empleados excedentes. El crecimiento del sector no-estatal fue insuficiente para ocupar a todo el empleo estatal superfluo. Cuando comenzaron los despidos, el desempleo declarado aumentó del 1,7% en 2009 al 3,5% en 2012. Pero declinó consistentemente al 1,3% en 2019¹⁶. El estimado del autor para 2018 indica que el desempleo declarado era de 1,7%, el oculto de 29,2% y el total de 30,9% (Gráfico 2). En 2019, cuando se reportó un desempleo declarado récord de solo 1,3%, debía haber un desempleo oculto de alrededor de 29%.

¹⁶ ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba* (años 2009-2019), 2010-2020.

4. Efectos de la crisis económica y la unificación monetaria en el desempleo

Las reformas estructurales de Raúl Castro entre 2007 y 2018, estaban bien encaminadas, pero fueron obstruccionadas por demasiadas trabas, altos impuestos, desincentivos y cambios de política, por lo cual no transformaron substancialmente el modelo de planificación central ni tuvieron éxito económico¹⁷. Desde 2018 Cuba sufre una crisis económica, la peor desde la década de 1990 (después de la desaparición de la URSS), causada por un factor interno y tres externos. El interno es el modelo de planificación central con predominio de las ineficientes empresas estatales sobre el mercado y el sector privado (un modelo fallido en todo el mundo; China y Vietnam lo reemplazaron con el “socialismo de mercado”). Los tres factores externos son: la aguda crisis económica de Venezuela – el principal socio comercial, suministrador de petróleo, comprador de servicios profesionales médicos cubanos e inversor, que ha reducido substancialmente dichas relaciones –, las sanciones impuestas por Donald Trump entre 2017 y 2020, y la pandemia. En 2019, el producto interno bruto (PIB) disminuyó en 0,2% y en 2020 en 11%; el promedio anual del período 2016-2020 fue -1,3%. Frente a este negativo desempeño, Cuba necesita una tasa de crecimiento sostenida del PIB de 6% a 7% anual¹⁸. La crisis, unida a la unificación monetaria y cambiaria desde 2021 (explicada a continuación) generarán desempleo declarado.

Desde 1994 circulan dos monedas en Cuba: el peso nacional (CUP) y el “peso convertible” (CUC). Ninguna de las dos se tranza en el mercado internacional y el valor del CUC es fijado unilateralmente por el gobierno. Además, hay varias tasas de cambio: en el sector estatal empresarial, el CUP se cambia a la par con el CUC (1 CUP igual a 1 CUC igual a 1 dólar de EE.UU.) pero para la población la tasa de cambio es 1 CUC igual a 24 CUP. La dualidad monetaria y las diversas tasas de cambio, unidas a la reintroducción parcial del dólar en 2019, provoca efectos negativos, como distorsión en los precios, incentivos a las importaciones y desincentivos a las exportaciones, segmentación en la población que es pagada en CUP,

¹⁷ C. MESA-LAGO, J. PÉREZ-LÓPEZ, *Cuba under Raúl Castro. Assessing the Reforms*, Lynne Rienner, 2013, pp. 159-254.

¹⁸ C. MESA-LAGO, J. SVEJNAR, *The Cuban Economic Crisis: Its Causes and Possible Policies for the Transition*, Václav Havel Program for Human Rights & Diplomacy, Florida International University, 2020, pp. 11-22; O. FIGUEREDO REINALDO, D. GARCÍA ACOSTA, L. IZQUIERDO FERRER, I. PÉREZ, *Economía cubana cae 11% este año y debe crecer alrededor de 7% en 2021*, en www.cubadebate.cu, 17 diciembre 2020.

pero tiene que comprar muchos bienes y servicios en CUC, baja productividad laboral en las empresas estatales, las cuales reciben costosos subsidios fiscales cuando sufren pérdidas, etc. Después de una década de discusión y anuncios fallidos, se decretó el inicio de la unificación monetaria/cambiaria el 1° de enero de 2021, la cual sacó el CUC de la circulación, dejó solo el CUP y fijó la tasa de cambio en un dólar de EE.UU. igual a 24 CUP, tanto en el sector empresarial como en la población¹⁹.

La unificación monetaria terminará con las distorsiones mencionadas, pero la devaluación del CUP incrementa los costos de producción de las empresas estatales especialmente importadoras, por lo que deberían generar pérdidas que no podrían ser cubiertas con subsidios (que reciben 40% de todas las empresas) y serían cerradas, induciendo desempleo declarado. No obstante, el gobierno ha anunciado que no habrá «terapia de choque» por la unificación, ni despidos masivos: «el desempleo [...] no es una opción»²⁰. Esto repite la política de la década de 1990. Debido a la crisis económica, entre abril y octubre de 2020, había 150.000 trabajadores estatales que no laboraban porque sus empresas habían cerrado, pero cobraban su salario («interrumpidos») y 250.000 trabajadores por cuenta propia con suspensión temporal de sus licencias, un total de 400.000 trabajadores equivalentes al 8,7% de la PEA ocupada. Los que no estaban en esa situación «han tenido un nivel bajo de actividad», indicadores de desempleo «oculto» y baja productividad²¹.

Para posponer estos problemas, se estableció un período de transición de un año durante el cual las empresas con pérdidas seguirán recibiendo subsidios fiscales para ajustarse a las nuevas condiciones, por lo cual no cerrarán ni despedirán a sus trabajadores excedentes. Si después de la transición se acaban los subsidios y se cierran las empresas, sus trabajadores quedarán desempleados. El gobierno predijo un aumento a 1,6% del desempleo declarado en 2021, muy pequeño pero debido a la posposición explicada²². En resumen, al desempleo oculto en 2020, se agregarán los

¹⁹ C. MESA-LAGO, *La unificación monetaria y cambiaria en Cuba: Normas, efectos, obstáculos y perspectivas*, Documento de Trabajo – Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales, 2021, n. 2.

²⁰ CUBADEBATE, video *Cuba anuncia el inicio de la unificación monetaria*, en [@Cubadebate](#), 10 diciembre 2020; R. ALONSO FALCÓN ET AL., *Aclaran dudas sobre el ordenamiento monetario y cambiario en Cuba*, en [www.cubadebate.cu](#), 14 octubre 2020.

²¹ R. ALONSO FALCÓN ET AL., *Transformación profunda y entrega al trabajo: La estrategia de Cuba para impulsar la economía en la nueva normalidad*, en [www.cubadebate.cu](#), 12 octubre 2020; ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba 2019*, cit.

²² O. FIGUEREDO REINALDO, D. GARCÍA ACOSTA, L. IZQUIERDO FERRER, I. PÉREZ, *op. cit.* Otro indicador de desempleo oculto es la caída de la «tasa de actividad» (población activa como porcentaje de la fuerza laboral en edad laboral) de 76,1% en 2011 – justo

despidos resultantes de la unificación. El desempleo total podría exceder del 30%, aunque si se expande el trabajo por cuenta propia sin trabas ni impuestos excesivos, éste absorbería el desempleo estatal.

5. Necesidad de expandir el sector no estatal

El sector no estatal comprende cinco grupos: los trabajadores por cuenta propia y sus empleados (617.000), los miembros de las cooperativas agropecuarias (459.100), los usufructuarios (275.762), los campesinos dueños de sus tierras (97.341) y los miembros de las cooperativas de producción no agrícola y de servicios (16.700)²³. De estos cinco grupos solo dos tienen propiedad privada: los campesinos dueños de sus tierras y los trabajadores por cuenta propia similares a las PYMES (este es el grupo mayor; sus empleados asalariados carecen de propiedad). Los otros tres grupos no tienen derecho de propiedad: los usufructuarios reciben la tierra ociosa del Estado, el cual se reserva la propiedad, y les otorga los derechos de uso de la tierra y apropiación de sus frutos; los cooperativistas de producción agropecuaria no son dueños de la tierra, la cual pertenece al Estado y se la cede, además no son autónomos (hay también cooperativas de crédito y servicios (CCS) que sirven a sus miembros y son las más independientes del Estado, el cual las agrupa con los campesinos privados); los cooperativistas de producción no agrícola y de servicios reciben del Estado el edificio y equipo en forma de renta, estas cooperativas son de dos tipos: las antiguas empresas estatales que el Estado decidió convertir en cooperativas sin consultar a sus trabajadores que deben obligatoriamente unirse o salirse (estas cooperativas tienen escasa autonomía) y las organizadas de manera voluntaria por grupos de trabajadores (que tienen más autonomía). Por último, las cooperativas agrícolas, los campesinos dueños de sus tierras y los usufructuarios, deben vender obligatoriamente parte de sus cosechas (hasta 70%) al Estado, a un precio fijado por el gobierno por debajo del precio de mercado (“acopio”)²⁴.

cuando comenzaron los despidos – a 65,2% en 2019 (*vid.* el Anexo); la diferencia de 11 puntos revela que una proporción importante de la población en edad de laboral no busca empleo (“desvinculación al trabajo”). Una de cada tres personas en edad laboral no trabajan en Cuba, descontando los que estudian (P. MONREAL, *Cuba: Empleo, sector no estatal y recuperación post Covid-19*, en www.facebook.com, 15 agosto 2020; J.C. ALBIZU-CAMPOS, *Comunicación al autor desde La Habana*, cit.).

²³ ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba 2019*, cit.

²⁴ C. MESA-LAGO, O.E. PÉREZ VILLANUEVA, P. VIDAL ALEJANDRO, *Nuevos desarrollos en el sector no estatal cubano*, en *Cuban Studies*, 2020, n. 50.

No se publican estadísticas en Cuba sobre productividad (general, laboral y de capital); alguna cifra aislada es ofrecida ocasionalmente en estudios académicos. El ejemplo que sigue, no obstante, demuestra que la productividad en el sector privado de la agricultura (campesinos dueños de tierras y CCS, las más privadas) es superior al de las empresas y granjas estatales y al de las cooperativas de producción agrícola (las más dependientes del Estado). La Tabla 3 compara el porcentaje de la superficie agrícola en cada sector con su participación en la producción agrícola en 2018: el sector privado tiene 14,5% de la tierra agrícola pero produce en promedio el 78,7% de los productos más importantes, mientras que los porcentajes respectivos del Estado y de las cooperativas son: 33,6% *versus* 12% y 31,5% *versus* 9,3%. El desglose por productos muestra, salvo en cítricos, que el Estado tiene la participación productiva menor, en el resto el sector privado excede con creces a los otros dos sectores. Se publican cifras por rendimientos en las diversas cosechas, pero sin desglosar el sector no estatal entre privado y cooperativo.

Tabla 3 – Participación en la tierra agrícola y en la producción agropecuaria por sector (estatal, cooperativo y privado) en Cuba, 2018 (%)

Superficie agrícola y producción	Estado	Cooperativo ^a	Privado ^b	Total
Superficie agrícola	33,6	31,5	14,5	79,6 ^c
Producción agrícola:				
• tubérculos	9,2	13,8	77	100
• plátano	12,7	9,8	77,5	100
• hortalizas	12,9	6,1	81	100
• arroz	18,9	17,3	63,8	100
• maíz	5,4	10,2	84,3	100
• frijol	12,2	12,7	75,1	100
• cítricos	53	11,5	35,5	100
• otras frutas	7,7	5,4	86,9	100
• promedio	12	9,3	78,7	100
• leche de vaca	16,3	13,8	65,2	100

^a Cooperativas de producción agropecuaria: Unidades básicas de producción cooperativa (UBPC) y Cooperativas de producción agrícola (CPA), las más dependientes del Estado.

^b Campesinos dueños de tierras y cooperativas de crédito y servicios (CCS) generalmente agrupadas con los campesinos bajo el título de "sector privado".

^c El remanente de 20,4% son los usufructuarios, pero no se desglosa su producción agrícola; un cálculo alternativo sin usufructuarios es 31,4% (ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba 2019, 2020*).

Fuente: cálculos de superficie y producción agrícola de A. Nova, 24 enero 2021, con base en ONEI, *Sector agropecuario Indicadores Seleccionados 2018, 2019*, y ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba 2018, 2019*

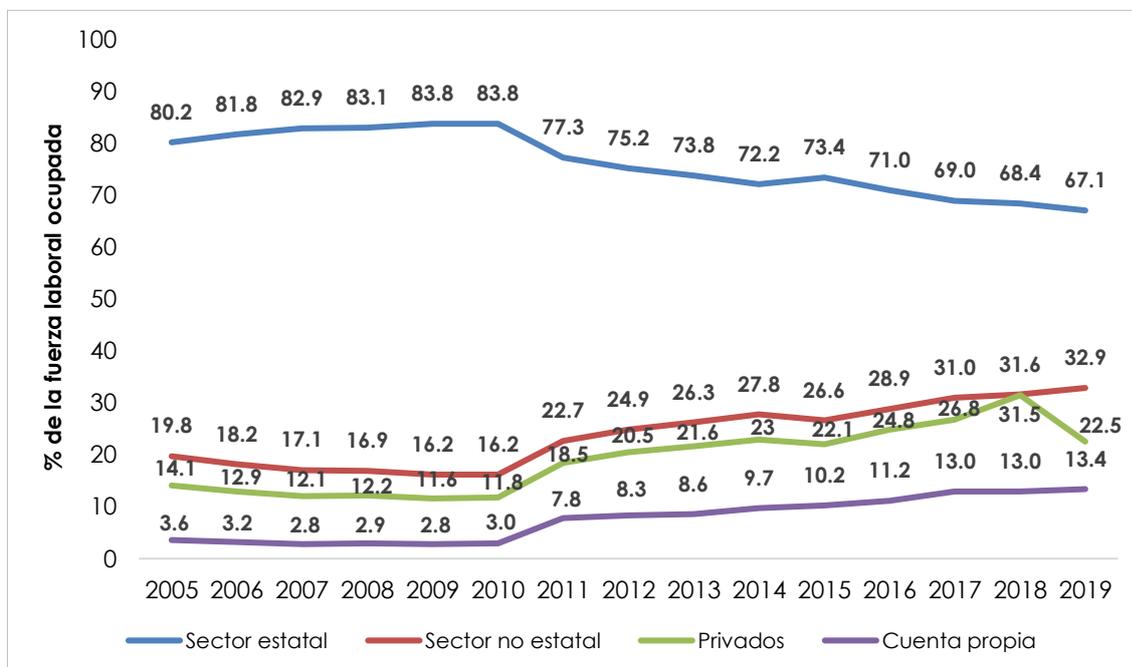
Un economista cubano afirma que «las PYMES pudieran ser la mejor oportunidad para incrementar la productividad a corto plazo y con ello ayudarían a la recuperación económica», siempre que se facilitase su expansión mayormente en actividades intensivas en conocimiento y tecnología, porque actualmente se concentran en actividades de bajo nivel productivo, desaprovechando una mano de obra muy educada. «Cuando [las PYMES] adquieren una escala grande se convierten en una variable crucial en la productividad en el país y, por tanto, del proceso de creación del valor agregado [...] y los incrementos en la productividad del empleo privado tienen un efecto significativo en la economía nacional»²⁵.

Por otra parte, el salario medio real (ajustado a la inflación anual) en el sector estatal en 2019 era 47,3% de su nivel en 1989, o sea, había perdido 52,7% en su poder adquisitivo (Anexo). Aunque no hay estadísticas comparativas del salario medio estatal y el salario promedio en las PYMES, estimados del autor en 2017 indicaban que el ingreso de un trabajador por cuenta propia era 5,6 veces el salario medio estatal, el del dueño de un restaurante de lujo era 255 veces y el del arrendador de una mansión a turistas extranjeros era de 380 veces²⁶.

El análisis anterior constata la gran importancia para el gobierno y el país de expandir el sector no estatal, especialmente las PYMES privadas, las cuales crearían empleo, aumentarían la productividad y contribuirían al crecimiento económico. Entre 2010 y 2019 el sector no estatal se expandió de 16,2% a 32,9% de la fuerza laboral ocupada, mientras que el sector estatal se contrajo del 83,8% al 67,1%. Dentro del sector no estatal, el privado creció de 11,8% a 22,5% y, dentro de este, el de cuenta propia subió de 3% a 13,4% (*vid.* Gráfico 3).

²⁵ EL ESTADO COMO TAL, *El establecimiento de PYMES en Cuba pudiera aumentar el Producto Interno Bruto entre 1,5 y 1,7%*, en elestadocomotal.com, 28 abril 2020.

²⁶ C. MESA-LAGO, *Los indicadores sociales en Cuba socialista*, en *Foro Cubano*, 2020, n. 21, p. 10.

Gráfico 3 – Expansión del sector estatal, no estatal y privado en Cuba, 2005-2019


La caída de privados de 31,5% a 22,5% entre 2018 y 2019, se debe a la manipulación de la serie.

Fuente: elaboración propia basada en ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba* (años 2005-2019), 2006-2020

En 2019 el empleo aumentó en 102.500 trabajadores, 89% en el sector no estatal y solo 11% en el estatal. Dentro del sector no estatal, 83% fue en el privado (del cual 35% por cuenta propia) y sólo 6% por el cooperativo²⁷. Sin embargo, en 2021 se proyecta solo un incremento de 32.000 ocupados, 69% en el sector estatal (que debería reducir empleo) y solo 31% en el sector no estatal que se supone debería expandirse²⁸. Díaz-Canel ha dicho que «algunos economistas cuando hablan de destrabar y de desatar las fuerzas

²⁷ ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba 2019*, cit. El sector cooperativo mostró un declive de 8,4% a 4,1% de la PEA ocupada entre 2000 y 2017; en 2015 ONEI alteró la serie, transfiriendo 7 puntos porcentuales del sector privado al cooperativo (lo hizo retroactivamente desde 2015), con lo cual este experimentó un salto notable (EL ESTADO COMO TAL, *Las estadísticas de empleo privado en Cuba: ¿una pirueta ideológica?*, en elstadocomotal.com, 6 mayo 2019; C. MESA-LAGO, *Profundizando en la manipulación de las estadísticas de empleo en Cuba*, en *ibidem*, 19 agosto 2019).

²⁸ O. FIGUEREDO REINALDO, D. GARCÍA ACOSTA, L. IZQUIERDO FERRER, I. PÉREZ, *op. cit.*

productivas en el país solo piensan en el sector privado» mientras que para el gobierno el principal actor económico es «el sector empresarial estatal y como [...] complemento [...] el sector privado», por ello ahora estamos centrados en «“ir desatando” el sector estatal “sin frenar al sector privado”»²⁹.

No obstante, el gobierno ha tomado algunas medidas positivas respecto al sector no estatal, incluyendo el privado y el trabajo por cuenta propia:

- a. el anuncio de la eliminación en agosto 2020 de la lista de 123 actividades por cuenta propia permitidas. La ministra de Trabajo no especificó cuándo entrará en vigor pero dijo que el gobierno permitirá «negocios de perfil más amplio» que se determinarán «a partir de proyectos de trabajo que presente el interesado» (hasta fines de enero de 2021 no se había implementado esta medida) pero con limitantes como «que las labores y materias primas sean de procedencia lícita»³⁰. Esta medida había sido reclamada por economistas académicos cubanos, que apoyan dar libertad para ejercer en cualquier actividad, salvo un número razonable que por su importancia estratégica se reserve el gobierno;
- b. en noviembre se anunció que 7.000 restaurantes estatales pasarán en arriendo a cooperativistas y cuentapropistas y que los trámites de aprobación de licencias se simplificarán³¹;
- c. se concedió al sector no estatal vender productos y servicios directamente a la Zona Especial de Desarrollo de Mariel (estatal);
- d. se permitió a los cuentapropistas descontar de los ingresos todos sus gastos, estableciendo un ingreso mínimo de 39.120 CUP (US\$1.630) anuales exento del impuesto sobre ingresos tanto para el sector no estatal como el estatal, y la exoneración del impuesto sobre ingresos personales a los cuentapropistas que suspendieron sus actividades en 2020 debido al Covid-19;
- e. se autorizó a las PYMES y cooperativas no agrícolas para exportar e importar, pero deben hacerlo a través de empresas estatales, tener cuentas bancarias en divisas, probar que el origen de los fondos depositados provenientes del extranjero es “totalmente lícito”, obtener autorización del Banco Central, y que los bienes y servicios exportados tengan calidad y sean competitivos, algo que no se exige a las empresas

²⁹ AGENCIA EFE, [El presidente de Cuba cree que unificación monetaria ayudará a estabilizar la economía](#), en [www.efe.com](#), 25 enero 2020.

³⁰ *Vid.* las declaraciones en la [Mesa Redonda](#) de la ministra en R. ALONSO FALCÓN, A. TERRERO, [Energía y Minas y Trabajo y Seguridad Social en la estrategia socioeconómica cubana](#), en [www.cubadebate.cu](#), 6 agosto 2020.

³¹ M.J. PENTÓN, [Cuba prevé deshacerse de la mayoría de los restaurantes estatales en amplio plan de reformas](#), en [www.elnuevoherald.com](#), 19 noviembre 2020.

estatales³².

Estas medidas son positivas, pero varias no habían sido implementadas a fines de enero de 2021 y otras estaban restringidas por excesivos requisitos; además, los cuentapropistas serán afectados por fuertes incrementos en el costo de los insumos generado por la unificación, por todo ello hacen falta otras medidas que se tratan en la próxima sección.

6. Conclusiones y recomendaciones

En esta sección, primero resumimos las conclusiones de este artículo y, seguidamente, las recomendaciones de políticas encaminadas a mejorar la situación actual.

- Cuba tiene la población más envejecida del continente, lo cual es positivo desde un punto de vista social, pero nocivo económicamente: ha provocado una reducción de la PEA, la PEA ocupada y la cohorte en edad productiva, a par de un crecimiento de la población adulta mayor. La combinación de estos factores genera un declive de la razón de trabajadores activos por un pensionado y esto a su vez agrava el déficit en el financiamiento del sistema de pensiones públicas. Estas tendencias probablemente continuarán en el futuro. Ya se ha notado que las medidas públicas para revertir el envejecimiento no han tenido éxito, especialmente por dos razones: la tasa de natalidad no logrará aumentarse ni la emigración neta reducirse hasta que mejoren notablemente las condiciones económico-sociales actuales y el país sufre la crisis económica más severa desde la ocurrida en la década del 90. Para reanudar el crecimiento económico es esencial que Cuba retome de forma más vigorosa las reformas estructurales intentadas sin éxito entre 2007 y 2018, a fin de reemplazar el actual sistema de planificación central y predominio de las ineficientes empresas estatales por un mayor rol del mercado y el sector no estatal, particularmente las PYMES privadas (ver más adelante). Una alternativa podría ser el socialismo de mercado practicado con éxito por China y Vietnam, pero hasta ahora ha sido rechazado como inadecuado por las circunstancias de Cuba.
- Cuba tiene la tasa de desempleo declarado menor del continente, pero también una tasa de desempleo “oculto” muy alta lo cual genera efectos perjudiciales sobre la productividad laboral y el salario real. El intento

³² D-Ley 20/2020 y D-Ley 21/2020; O. FIGUEREDO REINALDO ET AL., *Conozca el presupuesto del Estado en el primer año del ordenamiento monetario*, en www.cubadebate.cu, 17 diciembre 2020; R. ALONSO FALCÓN ET AL., *Transformación profunda y entrega al trabajo: La estrategia de Cuba para impulsar la economía en la nueva normalidad*, cit.

de eliminar el empleo innecesario o excedente en el sector estatal entre 2010 y 2015, solo logró reducirlo en menos de un tercio y continúa en el presente; la razón fue que el sector no estatal, especialmente las PYMES, no se expandieron lo suficiente para absorber la mano de obra excedente en el sector estatal. La crisis económica actual debería generar un mayor desempleo declarado, pero el gobierno intenta evitarlo siguiendo las mismas políticas (socialmente protectoras) practicadas durante la crisis del decenio de los 90, por lo que aumentará el desempleo oculto y la situación deprimida en la productividad laboral y los salarios reales. El proceso de unificación monetaria y cambiaria, iniciado a comienzos de 2021 es apropiado para reducir/eliminar las distorsiones causadas por la doble moneda, así como aumentar a largo plazo la productividad, el salario y el crecimiento económico. No obstante, estas políticas deben generar desempleo declarado a corto plazo debido al cierre de las empresas estatales ineficientes y con pérdidas (así como terminar los subsidios estatales a dichas empresas). A fin de paliar una posible reducción en la producción y servicios en dichas empresas a más de los efectos sociales nocivos del desempleo, se ha establecido un período de transición de un año para dar tiempo a que las empresas perdedoras puedan ajustarse a las nuevas condiciones y se generen empleos en el sector no estatal. Pero las políticas necesarias para la expansión de dicho sector no han sido implementadas y existe el riesgo de que, una vez transcurrido el período de transición, este se postergue para empresas estatales estratégicas y contener el desempleo, lo cual impediría los efectos benéficos de la unificación a largo plazo.

- Para expandir el sector no estatal y que este cree empleo, aumente la productividad y contribuya al crecimiento económico, se aconseja implementar las políticas siguientes: a) Respecto a las PYMES, promulgar la ley de empresas que legalice su funcionamiento y les otorgue personería jurídica y garantías; unificar las regulaciones para los sectores estatal y no estatal; expandir el trabajo por cuenta propia a todo tipo de actividad salvo una minoría que se reserve el Estado en áreas estratégicas; eliminar trabas burocráticas, como 29 documentos para obtener una licencia de trabajador por cuenta propia; suprimir impuestos gravosos y contraproducentes (por ejemplo el impuesto “a la fuerza de trabajo” que aumenta de manera escalonada según crece el número de empleados contratados, lo cual conspira contra la creación de empleo); consolidar todos los tributos en uno (monotributo) para simplificar su pago; permitir a profesionales trabajar por cuenta propia en su profesión (actualmente prohibido); proveer entrenamiento a sus empleados (por ejemplo, en contabilidad, mercadeo y aspectos técnicos), ya sea a través

del gobierno o de ONGs ; autorizar a las PYMES su libre asociación y negociación con el gobierno, así como exportar e importar directamente (en vez de a través de intermediarios estatales); crear un banco que provea microcrédito a bajo interés al sector no estatal; y establecer mercados al por mayor para suministrar insumos a las PYMES. b) En el sector cooperativo: reconocer plenamente y expandir las cooperativas de producción no agrícola y de servicios (estas cooperativas han funcionado casi una década de forma “experimental”); permitirles funcionar en todas las actividades salvo unas pocas que se reserve el Estado (al igual que las PYMES); crear las cooperativas de segundo nivel (por ejemplo cooperativas de crédito y servicios para cooperativas); otorgar microcrédito, entrenar a sus miembros, y venderles al por mayor los insumos necesarios, así como venderles a plazos equipo mecánico como tractores, buldóceres, cosechadoras, etc. c) Respecto al sector agropecuario, a fin de incrementar la producción interna que está estancada o ha decrecido, reducir la importación de alimentos (US\$2.000 millones anuales) y resolver el agudo desabastecimiento: transformar el actual sistema de producción y distribución, permitiendo a todo tipo de productores (privados, cooperativos, usufructuarios) decidir libremente que sembrar, a quién vender y fijar el precio (como hicieron con éxito China y Vietnam); eliminar el “acopio”; otorgar real autonomía a las cooperativas de producción agropecuaria; expandir por tiempo indefinido los contratos a los usufructuarios (ahora 20 años), además autorizar la auto inversión sin límites (actualmente se restringe la inversión a un porcentaje del área de la parcela). d) En cuanto a la inversión extranjera: autorizarla en el sector no estatal; permitir a la diáspora invertir en las PYMES, cooperativas, construcción de viviendas particulares, etc.; y autorizar a las empresas extranjeras que directamente contraten y paguen los salarios a su personal (en vez de a través de una agencia estatal como se hace ahora).

En mayo de 2020, el periódico del Partido comunista, *Granma*, rechazó varias de las propuestas anteriores como “neoliberales”. Sin embargo, poco después, el Consejo de Ministros hizo un llamamiento urgente para «cambiar todo lo que debería de cambiarse», aunque dentro de los límites de la planificación central y de un mercado estrictamente regulado. El inicio de la unificación es un paso positivo, pero medidas claves han sido aplazadas un año. Esperemos que los pasos necesarios se apliquen en un futuro próximo para bien del país y su pueblo.

7. Bibliografía

AGENCIA EFE, [El presidente de Cuba cree que unificación monetaria ayudará a estabilizar la economía](#), en [www.efe.com](#), 25 enero 2020

AGENCIA EFE, *Cuba le faltarán 800 mil trabajadores*, en *Trabajadores*, 26 febrero 2018

AJA DÍAZ A., *Dinámica demográfica de Cuba: Actualidad y desafíos*, ponencia al seminario *Cuba's Demographic Challenges: Aging, Migration, and the Economy*, Cuban Research Institute, Florida International University, 21 abril 2016

ALBIZU-CAMPOS J.C., *Comunicación al autor desde La Habana*, 21 enero 2021

ALBIZU-CAMPOS J.C., *¿Es el descenso de la actividad económica de la población un fenómeno temporal en Cuba?*, en *International Journal of Cuban Studies*, 2020, vol. 12, n. 1, pp. 53-75

ALONSO FALCÓN R., FIGUEREDO REINALDO O., SIFONTE DÍAZ Y.J., DOIMEADIOS GUERRERO D., GARCÍA ACOSTA D., IZQUIERDO FERRER L., [Ordenamiento monetario, clave en la nueva estrategia socioeconómica de Cuba](#), en [www.cubadebate.cu](#), 13 octubre 2020

ALONSO FALCÓN R., FIGUEREDO REINALDO O., SIFONTE DÍAZ Y.J., DOIMEADIOS GUERRERO D., IZQUIERDO FERRER L., [Aclaran dudas sobre el ordenamiento monetario y cambiario en Cuba](#), en [www.cubadebate.cu](#), 14 octubre 2020

ALONSO FALCÓN R., FIGUEREDO REINALDO O., SIFONTE DÍAZ Y.J., DOIMEADIOS GUERRERO D., IZQUIERDO FERRER L., [Transformación profunda y entrega al trabajo: La estrategia de Cuba para impulsar la economía en la nueva normalidad](#), en [www.cubadebate.cu](#), 12 octubre 2020

ALONSO FALCÓN R., TERRERO A., [Energía y Minas y Trabajo y Seguridad Social en la estrategia socioeconómica cubana](#), en [www.cubadebate.cu](#), 6 agosto 2020

CEPAL, *Panorama Social de América Latina y el Caribe 2017*, 2018

CEPAL, *La Economía Cubana: Reformas Estructurales y Desempeño en los Noventa*, Fondo de Cultura Económica, 2000

COMITÉ ESTATAL DE ESTADÍSTICAS, *Anuario Estadístico de Cuba 1989*, 1991

CUBADEBATE, video [Cuba anuncia el inicio de la unificación monetaria](#), en [@Cubadebate](#), 10 diciembre 2020

DIARIO DE CUBA, [Al gobierno ya no le salen los números: sube la mortalidad infantil, se desploma la natalidad](#), en [diariodecuba.com](#), 3 enero 2020

DÍAZ-BRIQUETS S., *Accounting for Recent Fertility Swings in Cuba*, en *Population and Development Review*, 2014, vol. 40, n. 4, pp. 677-693

EL ESTADO COMO TAL, *El establecimiento de PYMES en Cuba pudiera aumentar el Producto Interno Bruto entre 1,5 y 1,7%*, en [elestadocomotal.com](#), 28 abril 2020

- EL ESTADO COMO TAL, *Las estadísticas de empleo privado en Cuba: ¿una pirueta ideológica?*, en elestadocomotal.com, 6 mayo 2019
- FIGUEREDO REINALDO O., CARMONA TAMAYO E., GARCÍA ACOSTA D., IZQUIERDO FERRER L., PÉREZ I., *Conozca el presupuesto del Estado en el primer año del ordenamiento monetario*, en www.cubadebate.cu, 17 diciembre 2020
- FIGUEREDO REINALDO O., GARCÍA ACOSTA D., IZQUIERDO FERRER L., PÉREZ I., *Economía cubana cae 11% este año y debe crecer alrededor de 7% en 2021*, en www.cubadebate.cu, 17 diciembre 2020
- GARCÍA ELIZALDE A., *Nuevas normas jurídicas aumentan la protección a la maternidad en Cuba*, en www.granma.cu, 11 febrero 2017
- MESA-LAGO C., *La unificación monetaria y cambiaria en Cuba: Normas, efectos, obstáculos y perspectivas*, Documento de Trabajo – Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales, 2021, n. 2
- MESA-LAGO C., *Los indicadores sociales en Cuba socialista*, en *Foro Cubano*, 2020, n. 21, pp. 6-19
- MESA-LAGO C., *Profundizando en la manipulación de las estadísticas de empleo en Cuba*, en elestadocomotal.com, 19 agosto 2019
- MESA-LAGO C., *El desempleo en Cuba: de oculto a visible*, en *Espacio Laical*, 2010, n. 4, pp. 59-66
- MESA-LAGO C., *Unemployment in Socialist Countries: USSR, East Europe, China and Cuba*, Tesis Doctoral, Cornell University, 1968
- MESA-LAGO C., DÍAZ-BRIQUETS S., *Healthcare in Cuba: Sustainability Challenges in an Ageing System*, en *Journal of Latin American Studies*, 2021, vol. 53, n. 1, pp. 133-159
- MESA-LAGO C., PÉREZ-LÓPEZ J., *Cuba under Raúl Castro. Assessing the Reforms*, Lynne Rienner, 2013
- MESA-LAGO C., PÉREZ VILLANUEVA O.E., VIDAL ALEJANDRO P., *Nuevos desarrollos en el sector no estatal cubano*, en *Cuban Studies*, 2020, n. 50, pp. 3-29
- MESA-LAGO C., SVEJNAR J., *The Cuban Economic Crisis: Its Causes and Possible Policies for the Transition*, Václav Havel Program for Human Rights & Diplomacy, Florida International University, 2020
- MONREAL P., *Cuba: Empleo, sector no estatal y recuperación post Covid-19*, en www.facebook.com, 15 agosto 2020
- OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *Anuario Demográfico de Cuba 2018*, 2019
- ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba (años 1995-2019)*, 1996-2020
- ONEI, CEPDE, *Encuesta nacional de envejecimiento de la población*, 2017

PENTÓN M.J., [Cuba prevé desbacerse de la mayoría de los restaurantes estatales en amplio plan de reformas](#), en [www.elnuevoherald.com](#), 19 noviembre 2020

VANGUARDIA, *Temas económicos en la agenda de XXI Congreso de la CTC*, en [www.vanguardia.cu](#), 21 abril 2019

Normativa

Gaceta Oficial, 10 diciembre 2020, extraordinaria

Gaceta Oficial, 17 agosto 2020

Anexo

Indicadores de empleo, desempleo, composición de ocupados y salario real en Cuba, 1989-2019

Indicadores	1989	1993	2000	2005	2010	2011	2015	2016	2017	2018	2019
Población edad laboral (miles)	6.278	6.644	6.628	6.680	6.829	6.802	7.203	7.191	7.173	7.147	7.123
Población activa (miles)	4.728	4.680	4.632	4.816	5.112	5.174	4.832	4.686	4.550	4.559	4.642
Tasa actividad (%) ^a	75,3	70,4	69,9	72,1	74,9	76,1	67,1	65,2	63,4	63,8	65,2
Ocupados (miles)	3.870	3.839	3.843	4.722	4.984	5.010	4.714	4.591	4.475	4.482	4.585
Desempleados, total (%)	15,8	40,2	27,5	23,6	37,7	37,9	28,5			30,9	
Declarados (%)	7,9	6,2	5,4	1,9	2,5	3,2	2,4	2	1,7	1,7	1,3
Ocultos ^b (%)	7,9	34	22,1	22,1	35,2	34,7	26,1			29,2	
Distribución ocupados total (%)	100	100 ^d	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Estatad (%)	94,1	81,6	77,5	80,2	83,8	77,3	73,4	71,1	69	68,4	67,1
No estatal (%)	5,9	18,4	22,5	19,8	16,2	22,7	26,6	28,9	31	31,6	32,9
Cooperativas (%)	1,7	8,4	8,4	5,7	4,4	4,2	4,5	4,3	4,1	10,5 ^e	10,4
Privados (%)	4,2	9,3	13,4	14,1	11,8	18,5	22,1	24,6	26,9	21,1 ^e	22,5
Del cual cuenta propia (%)	0,7	3,4	3,9	3,6	3	7,8	10,2	11,2	13	13	13,4
Salario real (1989 = 100) ^c	100	10,1	17	19,3	26,1	26,1	36,2	40,4	42	41,5	47,3

^a Población económicamente activa como porcentaje de la población en edad laboral.

^b Estimados del autor.

^c Salario o pensión media mensual estatal, ajustada anualmente a la inflación, cálculos del autor.

^d Año 1994, el subtotal no estatal incluye organizaciones políticas, que no está en otras distribuciones.

^e Alteración arbitraria de la serie que pasó 6 puntos porcentuales de privados a cooperativas en 2018, el cambio comenzó en 2015.

Fuente: elaboración propia basada en COMITÉ ESTATAL DE ESTADÍSTICAS, *Anuario Estadístico de Cuba 1989, 1991*; ONEI, *Anuario Estadístico de Cuba* (años 1995 y 2000-2019), 1996 y 2001-2020; C. MESA-LAGO, *El desempleo en Cuba: de oculto a visible*, en *Espacio Laical*, 2010, n. 4

Principio de oralidad y su incidencia en el proceso de indemnización por despido arbitrario en las empresas privadas de San Isidro en 2019*

Brenda Isabel MURRUGARRA RETAMOZO**

RESUMEN: El presente artículo tuvo como objetivo *Determinar de qué manera el principio de oralidad incide sobre el proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019*. La metodología del estudio fue de enfoque cualitativo y de tipo básico, contando con un diseño de teoría fundamentada. Asimismo, se utilizó como instrumentos de recolección de datos a la guía de entrevista y guía de análisis documental. La conclusión fue que el principio de oralidad incide favorablemente en los procesos de indemnización por despido arbitrario, porque la oralidad permite que las partes sustenten sus teorías del caso y pruebas oralmente ante el juez, para que así el magistrado conozca directamente cómo se produjo el despido, a fin de emitir una sentencia conforme a derecho y en un plazo razonable, garantizándose el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Empero, existen deficiencias cuando los operadores del derecho emplean la oralidad, perjudicándose brindar una adecuada tutela jurisdiccional efectiva.

Palabras clave: principio de oralidad, despido arbitrario, indemnización, audiencia de conciliación, audiencia de juzgamiento.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Antecedentes. 1.1.1. Antecedentes nacionales. 1.1.2. Antecedentes internacionales. 2. Marco teórico. 2.1. Principio de oralidad. 2.1.1. Prevalencia de la oralidad en las audiencias. 2.1.2. Prevalencia de la expresión hablada en los trámites. 2.2. Proceso de indemnización por despido arbitrario. 2.2.1. Audiencia de conciliación. 2.2.2. Audiencia de juzgamiento. 3. Metodología. 3.1. Tipo y diseño de investigación. 3.2. Categorías y subcategorías. 3.3. Escenario de estudio. 3.4. Participantes. 3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos. 3.6. Procedimiento. 3.7. Rigor científico. 3.8. Método de análisis datos. 3.9. Aspectos éticos. 4. Resultados. 4.1. Presentación de los datos. 4.1.1. Descripción de los resultados del instrumento guía de entrevista. 4.1.2. Descripción de los resultados del instrumento guía de análisis documental. 5. Discusión. 6. Conclusiones. 7. Recomendaciones. 8. Bibliografía.

* Este artículo se basa en la tesis *Principio de oralidad y su incidencia en el proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019*, defendida en 2020 en la Facultad de Derecho y Humanidades, Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo (Perú), para obtener el título profesional de Abogada.

** Licenciada en Derecho, Universidad César Vallejo (Perú).

The Principle of Orality and Its Impact on the Process of Compensation for Arbitrary Dismissal in Private Companies of San Isidro in 2019

ABSTRACT: This article aimed to *Determine how the principle of orality impacts on the process of compensation process for arbitrary dismissal in private companies, San Isidro, 2019.* The methodology of the study was of a qualitative approach and of a basic type, counting with a design of grounded theory. Likewise, the interview guide and document analysis guide were used as data collection instruments. The conclusion was that the principle of orality has a positive impact on the process of compensation for arbitrary dismissal, because the orality allows the parties to support their theories of the case and evidence orally before the judge, so that the judge can directly hear how the dismissal took place, in order to issue a ruling in accordance with the law and within a reasonable time, thus guaranteeing the right to effective judicial protection. However, there are shortcomings when legal practitioners use the orality, which are detrimental to the provision of effective judicial protection.

Key Words: Principle of orality, arbitrary dismissal, compensation, conciliation hearing, trial hearing.

1. Introducción

La problemática existente nació a raíz que el despido arbitrario ha sido uno de los conflictos jurídicos más vistos en el derecho del trabajo, como ocurre por ejemplo con trabajadores de algunas de las empresas privadas de San Isidro, generando a su vez un impacto negativo en la sociedad trabajadora del sector privado, quienes eran despedidos sin causa justa y motivos inexistentes no amparados por la ley; es en ese sentido que al buscar justicia los trabajadores recurrían a las instancias judiciales especializadas en materia laboral con el único fin de solicitar tutela jurisdiccional efectiva.

Ahora, en el sistema jurídico nacional desde hace unos años se encuentra la Nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT), Ley 29497, norma que regula el proceso laboral peruano y que contiene en su título preliminar los principios rectores que dan mayor eficiencia y pronta solución a los conflictos existentes entre el empleador y el trabajador, siendo el principio de oralidad la guía de los demás. En respuesta a ello, se optó por investigar las incidencias del principio de oralidad enfocado en los problemas de despido arbitrario, en vista que este principio ha sido una de las innovaciones de la NLPT.

Es así que, este trabajo estribó en determinar cuál era la incidencia de tal principio durante el desarrollo del proceso de indemnización por despido arbitrario, de qué manera se ha venido manifestando y en qué etapas del proceso, y si estas manifestaciones del principio en su actuar han beneficiado al trabajador despedido arbitrariamente o no. Asimismo, con ello se conoció de primera fuente la situación actual de la aplicación del principio de oralidad en este proceso y, se planteó de qué forma se podría mejorar su aplicabilidad y/o corregir sus deficiencias.

Cabe indicar que, hasta antes que la NLPT estuviese en vigor, en gran mayoría, los actos procesales que se regían con la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo (LPT), eran escritos, incluso dentro de las audiencias no se podía realizar de manera oral algún pedido al magistrado; ya que posteriormente se tenía que hacer efectiva tal solicitud por un escrito. Actualmente, con el principio de oralidad de la NLPT las partes procesales por medio de sus abogados pueden realizar solicitudes y requerimientos en el marco de una audiencia o del proceso de forma oral.

La justificación de la investigación residió en abordar todos aquellos aspectos relacionados al principio de oralidad de la NLPT dentro del proceso de indemnización por despido arbitrario, con el fin de servir de como herramienta útil que contribuya con las personas que hubiesen sido objeto de estos despidos; asimismo, para que la comunidad jurídica conozca cómo se ha venido manifestando, en qué etapas se ha aplicado y si

realmente ha sido beneficioso o no para los trabajadores.

La investigación, asimismo, tuvo una relevancia social porque se estudió si realmente el principio de oralidad de la NLPT había incidido favorablemente en el proceso de indemnización por despido arbitrario cuando era aplicado por los magistrados de los juzgados de trabajo y por los abogados al momento de defender a sus patrocinados. Todo para una mejor información del tema, su avance y uso.

1.1. Antecedentes

Para dar sustento y firmeza a la investigación se usaron diez trabajos previos, cinco a nivel nacional y cinco a nivel internacional.

1.1.1. Antecedentes nacionales

Es así que como antecedentes nacionales se obtuvo la siguiente información.

La conclusión de la investigación elaborada por Acopaico Ramirez y Bravo Díaz¹, para optar al Título de Abogadas, fue que el principio de oralidad de la NLPT ha sido concebido no únicamente con el fin de remediar las deficiencias que poseía la norma previa, sino que también se ha promulgado con la meta de dotar al juez de más protagonismo y, por ende, brindar al trabajador la posibilidad de obtener justicia sin generar demoras en el proceso, dando facilidad para que la verdad pueda ser conocida y así expedir una resolución acorde al debido proceso.

Por otro lado, Chávez Cornejo en su tesis², para optar al Grado Académico de Magíster de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, llegó a la conclusión que, cuando se produjo la vigencia de la NLPT, se implantó un nuevo esquema de litigio y de mecanismos con el fin de resolver las controversias, para lo cual era vital que los operadores del derecho cambiaran sus perspectivas. Así también, refirió que era una necesidad brindar capacitaciones, más aún por las variaciones producidas en la judicatura.

¹ G.D. ACOPAICO RAMIREZ, S.E. BRAVO DÍAZ, [*La oralidad en el marco de la nueva ley procesal de trabajo 29497 – análisis y perspectivas en los juzgados laborales de Chiclayo-Lambayeque-2012-2013*](#), Tesis de Pregrado, Universidad Señor de Sipán, 2014.

² M.M. CHÁVEZ CORNEJO, [*Evaluación de la implementación del nuevo proceso laboral oral en la Corte de Justicia de Lima \(2012-2014\). Algunas propuestas de mejora*](#), Tesis de Maestría, Universidad de San Martín de Porres, 2017.

Vargas Boluarte en su tesis³, para obtener el Título de Abogada, concluyó que existía una relación directa entre el despido arbitrario y la reposición de los trabajadores, cuyo índice se presentaba en 10,98 veces.

Asimismo, Neves Mujica⁴ refirió que el despido era la manifestación de la ruptura de la relación de trabajo que se producía a consecuencia de la decisión del empleador, por responsabilidad atribuible al operario, estando al margen los ceses que se generaban por causas objetivas.

En esa misma línea, Franco García⁵ estableció que en la Constitución Política del Perú se señalaba que frente al despido arbitrario lo que procedía era otorgar una adecuada protección, no obstante; la ley laboral limitaba tal protección únicamente a una indemnización.

1.1.2. Antecedentes internacionales

Respecto de los antecedentes internacionales se obtuvo la siguiente información.

Se utilizó la tesis realizada por Osorio Ocampo y Sierra Sierra⁶, para optar al Grado Académico de Abogadas. Las autoras llegaron a la siguiente conclusión: desde hace mucho tiempo se implementó un modelo oral que ha acarreado muchos beneficios, los cuales dejaron ver que el Estado dotaba de seguridad a los ciudadanos cuando se trataba de justicia.

En tanto que Mosquera Ambrosi en su trabajo de investigación⁷, monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, concluyó que la oralidad dentro del proceso había asegurado que la sociedad del Ecuador tuviera una justicia proba y clara que favorecía a recuperar la creencia de la sociedad en la función jurisdiccional, y de quienes eran sus miembros.

Así también Lucero Pilamunga en su estudio⁸, previo a obtener el Grado

³ S. VARGAS BOLUARTE, *Los despidos arbitrarios en la reposición del trabajador en el distrito judicial de Lima – 2017*, Tesis de Pregrado, Universidad César Vallejo, 2017.

⁴ J. NEVES MUJICA, *El despido en la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral*, en *Themis – Revista de Derecho*, 2015, n. 67, p. 228.

⁵ D.K. FRANCO GARCÍA, *Protección contra el despido arbitrario de trabajadores contratados a tiempo parcial en el Perú*, en *Revista de Derecho*, 2019, n. 52, p. 75.

⁶ O.A. OSORIO OCAMPO, L.A. SIERRA SIERRA, *Ventajas y desventajas de la oralidad en la justicia Colombiana. Caso Manizales*, Tesis de Pregrado, Universidad de Manizales, 2015.

⁷ M.E. MOSQUERA AMBROSI, *La oralidad en el Código Orgánico General de Procesos: un cambio de paradigma*, Tesis de Pregrado, Universidad de Cuenca, 2016.

⁸ M.M. LUCERO PILAMUNGA, *El despido ineficaz en el Derecho Laboral Ecuatoriano*, Tesis de

Académico de Abogada, concluyó que a diferencia del despido intempestivo producido por la voluntad del empleador, el despido ineficaz derivaba de una declaración proveniente del juez, la cual tenía como meta proteger al trabajador afiliado a un sindicato y a la mujer gestante trabajadora del acto unilateral de su empleador.

Restrepo Pimiento y Botero Cotes⁹ aseguraron que la oralidad se presentó como el principio rector en cuanto a las innovaciones del derecho procesal del trabajo, además de incluir un proceso caracterizado por ser gratuito, concentrado, público y el rol de director del juez, produciéndose la reducción de la carga procesal en los juzgados latinoamericanos. Con este principio se permitió la inmediatez entre el juez y los demás sujetos procesales, captando el sentir de cada uno de ellos y haciendo la decisión del conflicto más sencilla. La oralidad también había permitido distinguir si lo manifestado por las partes era falso, lo cual fue provechoso para llegar a conocer la verdadera realidad y no solo los aspectos formales de aquella.

De otro lado, Rojas Miño¹⁰ estableció que en el sistema judicial de Chile únicamente se contemplaba que la estabilidad laboral sería protegida con una indemnización por despido arbitrario.

2. Marco teórico

2.1. Principio de oralidad

El principio de oralidad implica que las actuaciones procesales se ejecuten de manera oral, aunque no únicamente así porque pueden haber escritos¹¹. Barzola Romero¹² refirió que es el más importante e innovador principio que trae la NLPT, porque es la guía para los demás principios del proceso laboral peruano. En palabras de Rivera Medina¹³, cada acto procesal dentro

Pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2017.

⁹ J.L. RESTREPO PIMIENTO, J.G. BOTERO COTES, *El principio de oralidad en los procesos laborales colombo-venezolano en relación con la humanización y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, 2018, n. 129.

¹⁰ I. ROJAS MIÑO, *La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido*, en *Ius et Praxis*, 2014, n. 1, p. 117.

¹¹ *Vid.* O. BARRETO LÓPEZ, *La desnaturalización del principio de oralidad en el procedimiento laboral: una reflexión en torno a la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia*, Universidad Católica de Colombia, 2016, p. 9.

¹² M.F. BARZOLA ROMERO, *Principios operacionales en la Nueva Ley Procesal de Trabajo*, en AA.VV., *Nuevas instituciones del proceso laboral*, Gaceta Jurídica, 2014, p. 68.

¹³ R.C. RIVERA MEDINA, *Influencia de la decisión de los jueces laborales orales de la prueba de oficio de medios de prueba extemporáneos rechazados, en el derecho al debido proceso*, Tesis de Pregrado,

del nuevo sistema procesal laboral se desenvuelve de forma oral, con exclusión de la demanda y la contestación, que son escritas. Consecuentemente afirmó que, el juez resolverá el conflicto jurídico en audiencia de juzgamiento. Al mismo tiempo, Díaz Arce y Diestra Arevalo¹⁴ aseguraron que antes que la NLPT comenzara a regir no existía un carácter oral sino solo escritural de los procesos laborales, y por esta nueva ley se buscó cambiar el sistema anterior por uno con preeminencia de la oralidad permitiendo procesos con una comunicación fluida, lo cual faculta a que el juez expida un fallo final debidamente fundamentado.

Si bien el principio de oralidad se centra en destacar la utilización de la palabra hablada, ello no entraña que dentro de los trámites judiciales ya no existan actos escritos. Así también, se requiere de técnicas de litigación oral para que verdaderamente se esté hablando de un proceso laboral oral¹⁵. Por tanto, no puede decirse que las principales actuaciones tienen que ser orales, lo que quiere decir es que ellas se enmarquen en una comunicación oral para generar pronunciamientos fiables; ello conlleva a que el juez sea cercano a las partes y a los medios probatorios¹⁶.

Existe una relación innegable entre la oralidad y el empoderamiento de la parte más débil, por lo que la oralidad se muestra como elemental para producir una relación de cercanía entre el juez y las partes, debido a que predispone al diálogo¹⁷. González Biedma¹⁸ señaló que el proceso laboral es primordialmente oral, y que a través de la expresión verbal el juez puede tomar conocimiento de manera fácil y ágil sobre las pretensiones de las partes, puede preguntar y repreguntar, darse cuenta de las emociones de los demás sujetos del proceso. A la par, Montero Toquero¹⁹ aludió que una de las finalidades de la oralidad es que las partes clarifiquen el contenido de sus

Universidad Privada del Norte, 2016, p. 100.

¹⁴ N.F. DÍAZ ARCE, T. DIESTRA AREVALO, *El nivel de eficacia de la audiencia de conciliación y el de la audiencia única en el proceso laboral*, Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2017, p. 39.

¹⁵ Vid. J. ARÉVALO VELA, *Los principios del proceso laboral*, en *Lex*, 2018, n. 22, p. 258.

¹⁶ Vid. F.E. SÁNCHEZ TUÑOQUE, *Los principios del proceso laboral peruano: Un análisis desde la perspectiva de las políticas públicas, a más de ocho años de entrada en vigencia de la Ley N° 29497*, en *Revista Especializada Nueva Ley Procesal de Trabajo*, 2019, n. 1, p. 68.

¹⁷ Vid. M. AMODIO, M.E. BRASCHI, *La oralidad en el proceso laboral como garantía de los derechos fundamentales*, ponencia en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal Laboral en la República Argentina, *Necesidad de la reforma del proceso laboral. Tendencia a la oralidad*, San Luis, 11-12 setiembre 2014, p. 2.

¹⁸ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *"Buenas prácticas" y crisis de los principios del proceso laboral*, en M.D. RAMÍREZ BENDALA (dir.), *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III)*, Laborum, 2015, p. 242.

¹⁹ M. MONTERO TOQUERO, *Los principios inspiradores del proceso laboral*, Tesis de Pregrado, Universidad de Valladolid, 2015, p. 15.

pretensiones, y es por esa razón que se hace hincapié en que el proceso laboral es en su mayoría oral; lo que sirve para encontrar una verdadera tutela judicial efectiva.

Finalmente, García y otros²⁰ erigieron las bondades de la oralidad en el proceso, las cuales son: a) procesos céleres, b) relevancia del principio de inmediación, c) incrementa la difusión del proceso, d) destaca al juez como director del proceso, e) previene el apego a un proceso escritural y f) realiza el principio de concentración. Complementando lo anterior, Ramírez-Gastón²¹ hizo énfasis en que con la implementación del principio de oralidad se ha producido un mejor reconocimiento respecto a la tutela jurisdiccional efectiva del trabajador. De igual modo, el autor expresó que existían defectos, empero, una de las cosas más importante es atender a las capacitaciones de los jueces y abogados litigantes²². Palomo Vélez²³, siguiendo a Carnelutti, advirtió que si bien la oralidad es la herramienta más eficiente, esta no serviría si es aplicada por quienes no cuentan con la aptitud para utilizarla de buena manera.

2.1.1. Prevalencia de la oralidad en las audiencias

Respecto de la prevalencia de la oralidad en las audiencias, acorde al art. 12 NLPT y lo alegado por Saco Barrios²⁴, la ley coloca énfasis en que en los procesos laborales por audiencias predomina la oralidad, tan es así que toda exposición oral que las partes y sus abogados efectúen va a primar sobre cualquier escrito, y es en base a ello que el magistrado dirige el proceso y emite fallo final. Toda audiencia es concebida como un debate oral de posturas que el juzgador ha de presidir²⁵. Por otro lado, una de las particularidades del proceso laboral es que a excepción de los demás actos procesales, los actos que se realizan en la audiencia de conciliación, donde las partes emiten sus propuestas conciliatorias, no se graba²⁶. En el

²⁰ Como fue citado en J. ARÉVALO VELA, *Tratado de derecho laboral*, Instituto Pacífico, 2016, p. 541.

²¹ G. RAMÍREZ-GASTÓN, *La Ley 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo: a propósito de la oralidad y la celeridad*, en *Ius et Praxis – Revista de la Facultad de Derecho*, 2013, n. 44, p. 197.

²² *Ibidem*, p. 200.

²³ D. PALOMO VÉLEZ, *Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas*, en *Ius et Praxis*, 2014, n. 1, p. 395.

²⁴ R.G. SACO BARRIOS, *El proceso laboral de ejecución de sentencias en el Perú*, en *Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho 3ª Região*, 2016, n. 94.

²⁵ *Ibidem*, p. 33.

²⁶ *Vid.* M.F. BARZOLA ROMERO, *op. cit.*, p. 70.

razonamiento de Arévalo Vela²⁷ ha de entenderse que la prevalencia de la oralidad va a encontrar sustento cuando el uso de un escrito devenga en perjuicio del proceso o promueva la dilación del mismo.

2.1.2. Prevalencia de la expresión hablada en los trámites

En cuanto a la prevalencia de la expresión hablada en los trámites, puede decirse que el proceso laboral oral no exclusivamente posee la característica de que las actuaciones procesales se efectivicen en las audiencias, sino que además en el marco de aquellas la generación de trámites se desarrolle de forma oral contando indefectiblemente con la presencia del magistrado. La oralidad es un mecanismo renovador y diferente del proceso de escrituración²⁸. Arévalo Vela²⁹ declaró que existe un espacio de debate oral a través del cual cada actuación de las partes del proceso se plasma por medio de la voz hablada que permite llegar a la verdad. En este aspecto, en el sexto considerando de la sentencia de Casación Laboral n. 13634-2015 se estableció que en la NLPT a fin de que el proceso sea célere y dinámico se faculta a los magistrados y los demás sujetos procesales a intervenir constantemente, así como también; es necesario que los trámites se desarrollen dentro de las audiencias. No se está netamente ante un sistema oral debido a que la demanda y contestación de aquella se realizan de forma escrita; es por ello que se está ante un sistema mixto.

2.2. Proceso de indemnización por despido arbitrario

En relación al proceso de indemnización por despido arbitrario, Velásquez Cano³⁰ aludió que es en el derecho del trabajo donde se suscitan mayores conflictos, como también lo señaló Meza Yances³¹ cuando citó a Pasco; sin embargo, con la promulgación de la NLPT el proceso va encaminado a discutir la pretensión y por consiguiente a resolver la controversia jurídica. Ahora, en el ámbito laboral existen formas de abusar de los trabajadores³²,

²⁷ J. ARÉVALO VELA, *Tratado de derecho laboral*, cit., p. 619.

²⁸ *Vid.* M.F. BARZOLA ROMERO, *op. cit.*, p. 72.

²⁹ J. ARÉVALO VELA, *Tratado de derecho laboral*, cit., p. 541.

³⁰ R.M. VELÁSQUEZ CANO, *Postulación del Nuevo Proceso Laboral: la demanda*, en *IPEF*, 2017, n. 76, p. 12.

³¹ L. MEZA YANCES, *Favorabilidad en el derecho procesal del trabajo: aplicación estricta o ilimitada*, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 2017, n. 2, p. 199.

³² *Vid.* L. CAPOGROSSI, *“La época de los esclavos se acabó”: género y condiciones de trabajo en las*

lo que incluso puede ser un despido ilegal que merecería un resarcimiento en vía judicial. Por ello, en la NLPT (art. 2.1) tal proceso de indemnización se tramita en la vía del proceso ordinario laboral, por ser una pretensión relativa a la protección de derechos individuales; porque la actividad que desempeñó el trabajador es una prestación de servicios de naturaleza laboral. De igual forma, Paredes Lozada³³ refirió que con la NLPT se ha incorporado el proceso ordinario laboral, por medio del cual se impugna el fin de la relación laboral buscando de manera accesoria la indemnización o reposición y que la competencia para conocer tal proceso le pertenece al juez especializado de trabajo, asimismo, el autor precisó que los tipos de despido que pretendan una indemnización serán tramitados en el proceso ordinario laboral³⁴.

Según Jiménez³⁵ un despido es arbitrario (ar. 34 del Texto Único Ordenado del DL 728, en adelante Ley del trabajo) cuando el empleador no expresa la causa por la cual concluye la relación laboral con su trabajador (incausado), o cuando se alega tal causa pero no se demuestra en juicio (injustificado), siendo que la norma prevé como consecuencia la indemnización³⁶, que equivale a una remuneración y media con un tope máximo de doce sueldos. El plazo para interponer la demanda por despido arbitrario es de 30 días naturales de producido el hecho (art. 36, Ley del trabajo). La normativa sobre protección laboral está integrada de disposiciones referentes a la defensa frente al despido³⁷.

Es pertinente atender que, la Constitución Política del Perú, art. 27, estatuye que la norma brinda al trabajador una idónea protección contra el despido arbitrario, y el art. 22 de la Ley del trabajo contempla que el despido únicamente debe operar cuando: 1) exista una causa justa considerada en la ley y que dicha; 2) causa se haya comprobado de forma debida. Es relevante tener en cuenta que las indemnizaciones por finalización de la relación laboral tienen la característica de irrenunciables, por tanto, no debe

empresas de limpieza en Argentina, en *Íconos*, 2020, n. 66, p. 179.

³³ L.A. PAREDES LOZADA, *La reposición laboral en vía ordinaria: cambios competenciales en la nueva ley procesal del trabajo*, Tesis de Maestría, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, 2018, pp. 92-93.

³⁴ *Ibidem*, p. 134.

³⁵ Como se citó en T. GÓMEZ ROJAS, *La estabilidad laboral de los trabajadores de confianza del régimen privado en la jurisprudencia nacional*, Tesis de Pregrado, Universidad César Vallejo, 2018, p. 29.

³⁶ *Vid.* A. VILLAVICENCIO RÍOS, *El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado*, en *Derecho PUCP*, 2013, n. 71, p. 319.

³⁷ *Vid.* Z. ADAMS ET AL., *La importancia económica de la legislación de protección del empleo y sobre modalidades diferentes de empleo en 117 países, 1990-2013*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2019, n. 1, p. 10.

aceptarse cláusula alguna que implique su desconocimiento³⁸. Al mismo tiempo, el art. 29 de la Ley del trabajo contempla el despido nulo, del cual Toledo Toribio³⁹ sostuvo que en la ley se enuncian de manera taxativa los supuestos en los que un despido puede calificarse como nulo, contando el trabajador con la oportunidad de ser repuesto, cuando así lo haya solicitado. Otro de los despidos prescritos en la norma es el indirecto, del cual Valderrama⁴⁰ estipuló que esta clase de cese se produce por los actos de hostilidad que el empleador perpetra sobre el trabajador (art. 30, Ley del trabajo), encontrándose este último a darse por despedido y solicitar una indemnización por despido arbitrario.

Sobre lo mencionado en la línea anterior, Halidu⁴¹ en Nigeria señaló que el despido indirecto se produce por el mal comportamiento del empleador con su trabajador. Por su cuenta, Silva Irarrázaval⁴² consideró que el hecho que exista diferencias entre el despido arbitrario y el despido indirecto no implica que sean presupuestos totalmente distintos. De otra parte, Ndobela y Odeku⁴³ especificaron que en Sudáfrica se dispone que ante un despido injusto la Corte o arbitro podrá ordenar una indemnización. Y en la India, según la Ley de Tiendas y Establecimientos de Delhi de 1954, si el empleador desea dar por terminada la relación laboral con su empleado, debe cursar un aviso con 30 días de anticipación o abonar una prestación económica⁴⁴.

2.2.1. Audiencia de conciliación

De otro lado, Narbaiza Chanducas⁴⁵ indicó que en Perú el proceso

³⁸ Vid. A. SIERRA HERRERO, *Indemnizaciones convencionales por término de contrato de trabajo. Problemas suscitados a raíz del tope de la UF 90*, en *Ius et Praxis*, 2018, n. 2, p. 22.

³⁹ Como se citó en P.A. CATAFORA SANTISTEBAN, *El Despido Incausado y Fraudulento Laboral*, en *Gestión en el Tercer Milenio*, 2016, n. 38, p. 80.

⁴⁰ Como se citó en M.A. ARANDA CASTILLO, *La estabilidad laboral frente al despido por pérdida de confianza del trabajador que ingresó directamente al cargo*, Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2019, pp. 28-29.

⁴¹ F. HALIDU, *Echoes of Colonialism: Implications of Wrongful Dismissal Judgments in Nigeria and Canada*, Thesis for the Degree of Master, University of Northern British Columbia, 2016, p. 39.

⁴² L.A. SILVA IRARRÁZAVAL, *El caso del despido indirecto y la suspensión del plazo: ¿Interpretación o creación judicial del derecho?*, en *Ius et Praxis*, 2019, n. 2, p. 444.

⁴³ R.K. NDOBELA, K.O. ODEKU, *Revisiting The Remedies Of Unfair Dismissal At The Workplace*, en *Journal of Sociology and Social Anthropology*, 2015, vol. 6, n. 4, p. 523.

⁴⁴ Vid. R.U. DEVI, *Legal Compliances in the Termination of Employees: An Indian Perspective*, en *CLEAR*, 2019, vol. 10, n. 6, p. 14.

⁴⁵ K.J. NARBAIZA CHANDUCAS, *El juzgamiento anticipado como medio para fortalecer la conciliación*

ordinario laboral se compone de una audiencia de conciliación y una audiencia de juzgamiento. La audiencia de conciliación se da una vez que la demanda fue admitida (20 o 30 días hábiles siguientes a su calificación), en tanto que el demandado asistirá a la audiencia con su contestación de demanda. La autora además informó que la conciliación es el primer mecanismo de solución propuesto por la NLPT y no una etapa previa⁴⁶. Así, Quiroz⁴⁷ enunció que la meta en esta audiencia es solucionar el conflicto con las propuestas conciliatorias de las partes; evitando llegar a una audiencia de juzgamiento, por lo que en la audiencia de conciliación el rol del juez es de ser un tercero que promueva la negociación para alcanzar la protección de los derechos laborales.

La audiencia de conciliación del proceso ordinario laboral está impregnada de oralidad. A su vez, y según lo dispuesto en el art. 43 NLPT, la audiencia empieza con la identificación de las partes, si una de ellas llega a no asistir los efectos son distintos; ejemplo, si el demandado no asiste es declarado rebelde. Ciertamente, lo que se busca con la conciliación es arribar a una solución, empero, el juez tiene que observar que no se atente contra el principio de irrenunciabilidad de derechos⁴⁸. La audiencia solo puede prolongarse máximo un mes y sea el acuerdo total o parcial el magistrado le otorga la calidad de cosa juzgada, disponiendo que las prestaciones se ejecuten en el plazo erigido por las partes o en su defecto en un plazo de cinco días hábiles. En caso el acuerdo sea parcial o no haya un acuerdo, el juzgador procederá a fijar las pretensiones y solicitar al demandado presentar el escrito de contestación, que luego de su calificación positiva se programará fecha para la audiencia de juzgamiento, en un plazo no mayor a treinta días hábiles⁴⁹. Para que la conciliación surta eficacia debe evaluarse el rol del juez, quien actuará como mediador⁵⁰.

[en el proceso laboral oral](#), Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2019.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁷ Como se citó en M.S. RODRÍGUEZ CRUZADO, [La audiencia de conciliación en el proceso ordinario laboral y la posible afectación del derecho al plazo razonable y la irrenunciabilidad de derechos](#), Tesis de Pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2018, p. 36.

⁴⁸ *Vid.* M.F. SERRA-LANDÍVAR, [La oralidad como principio fundamental para la flexibilización de la congruencia causal de la pretensión de despido nulo dentro del nuevo proceso ordinario laboral](#), Tesis de Pregrado, Universidad de Piura, 2016, pp. 50-53.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 54-55.

⁵⁰ *Vid.* D.K. PADILLA GARCÍA, *La Resolución de conflictos laborales y la conciliación judicial en la nueva ley procesal de trabajo, análisis de la perspectiva de la ciudad de Chiclayo*, Tesis de Pregrado, Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, 2018, p. 79.

2.2.2. Audiencia de juzgamiento

Como bien se señaló, de no haber acuerdo conciliatorio o si fue parcial se procederá a la audiencia de juzgamiento (art. 44 NLPT), que aglutina la etapa de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia. Esta audiencia permite que los principios de oralidad e inmediación se materialicen, y faculta a los litigantes a demostrar sus habilidades de litigio oral⁵¹. En la audiencia de juzgamiento predominan los principios de oralidad e inmediación cuando se discuten las teorías del caso en forma oral; a razón que el juzgador tiene el deber de intervenir activamente en el proceso, con el propósito de formarse una idea clara sobre las pretensiones en debate y de los medios probatorios que las acreditan⁵². La etapa de actuación probatoria tiene mayor connotación, ya que en esta etapa se actúa y somete al contradictorio los medios probatorios con los cuales cada sujeto procesal sustenta sus pretensiones⁵³.

La primera etapa de la audiencia de juzgamiento es la de confrontación de posiciones, (art. 45 NLPT). Esta etapa empieza con una sucinta presentación del petitorio de la demanda y su fundamentación fáctica, y la parte demandada efectúa una breve explicación de los hechos que sustentan su contradicción⁵⁴. Por consiguiente, se regula la etapa de actuación probatoria (art. 46 NLPT) enunciando primero los medios de prueba admitidos, de las que las partes pueden formular cuestiones probatorias. Seguidamente, el magistrado actuará las pruebas previo juramento de las partes y quienes intervengan en esta etapa; en el siguiente orden: declaración de parte, testigo/peritos, exhibición de documentos e inspección judicial. La actuación probatoria debe culminar en la misma fecha, aunque puede diferirse por un plazo de cinco días hábiles⁵⁵. Concluida esta etapa, prosiguen los alegatos (art. 47 NLPT), donde las partes deben de vincular los hechos que han sido probados y cómo se llegaron a probar⁵⁶.

⁵¹ Vid. A.P. BAZÁN CRUZ, *Consecuencias jurídicas que generan en el demandado la variación de la pretensión en la audiencia de juzgamiento laboral*, Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Cajamarca, 2017, pp. 50-51.

⁵² Vid. L. ROJAS RUIZ, *La oralidad como herramienta de eficiencia en la audiencia de juzgamiento del nuevo proceso laboral peruano*, Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2015, pp. 67-68.

⁵³ Vid. L.C. JARA SÁNCHEZ, *El ejercicio del deber de dirección del órgano jurisdiccional en la etapa de actuación probatoria*, en *Revista Especializada Nueva Ley Procesal de Trabajo*, 2019, n. 1, p. 89.

⁵⁴ Vid. N.F. DÍAZ ARCE, T. DIESTRA AREVALO, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁵ Vid. J.C. RODRÍGUEZ ACOSTA, *El diseño concentrado de la actividad probatoria y la suspensión de la audiencia para requerir la remisión de documentos a terceros*, Tesis de Pregrado, Universidad Señor de Sipán, 2017, pp. 51-52.

⁵⁶ Vid. L. VINATEA RECOBA, *Los alegatos en el nuevo proceso laboral*, en *Thémis*, 2014, n. 65, p.

Finalmente, en la etapa de sentencia el fallo se expide al final de la audiencia⁵⁷. La NLPT permite al magistrado expedir la resolución final en un tiempo máximo de 60 minutos, luego de finalización de los alegatos, pero por su complejidad el fallo suele diferirse a cinco días hábiles⁵⁸.

Según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de Perú⁵⁹, la NLPT se presentaba como una introducción provechosa para el sistema judicial peruano, ya que el beneficio que recibirían las partes del proceso era que los conflictos laborales se desenvolverían de forma breve, célere, sencilla, y predominando la oralidad. Así, las controversias laborales se resolverían con rapidez en una media de 6 meses agotadas todas las instancias, que con la anterior ley (LPT), duraban muchos años (§§ 1-2).

No obstante de lo mencionado, de acuerdo a los datos oficiales del Sistema Integrado de Justicia del Poder Judicial del Perú (SIJ), el lapso de duración del expediente principal del proceso laboral (ordinario y abreviado) de la NLPT, fue el siguiente: 1) en 2013 210 días; 2) en 2014 277 días; 3) en 2015 317 días; 4) en 2016 423 días; 5) en 2017 537 días.

En cuanto al lapso de duración de la tramitación del recurso de apelación de sentencia de primera instancia o auto final de segunda instancia en los procesos laborales (ordinario y abreviado) de la NLPT, fue el siguiente: 1) en 2013 104 días; 2) en 2014 124 días; 3) en 2015 142 días; 4) en 2016 149 días; 5) en 2017 170 días.

Por esa razón, puede verse que pese a que uno de los objetivos de la NLPT y de la implementación del principio de oralidad era otorgar celeridad a los procesos, ello no se ha venido cumpliendo de la forma más adecuada.

Cuadro 1 – Indicadores de desempeño del PP0099, *Celeridad en los procesos judiciales laborales*

Nivel del objetivo	Nombre del indicador	Descripción	2013	2014	2015	2016	2017*
Resultado Específico Celeridad de los procesos de justicia laboral	1. Tiempo de duración del expediente principal del proceso laboral ordinario y abreviado de la NLPT (días)	Establece el tiempo de duración del proceso laboral de la NLPT, desde la fecha del ingreso del expediente principal	210	277	317	423	537

130.

⁵⁷ Vid. J.L. MAYOR SÁNCHEZ, [Nuevas alternativas para superar la actual tendencia de restringir el litisconsorcio facultativo dentro de los procesos regulados por el artículo 18 de la Ley Procesal del Trabajo N° 29497](#), en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2014, n. 1, p. 163.

⁵⁸ Vid. C. PUNTRIANO ROSAS, [Propuestas para la mayor eficacia de los fallos: sentencias laborales](#), en [elperuano.pe/suplemento/juridica](#), 11 setiembre 2018, p. 4.

⁵⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, [Beneficios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo](#), 2010.

	calendarios)	a mesa de partes (independientemente del año de ingreso), hasta la fecha final de la última resolución (del año en curso)					
	2. Tiempo de duración de la calificación de la demanda en los procesos ordinario y abreviado de la NLPT (días calendarios)	Establece el tiempo de duración de la calificación de la demanda, desde la fecha de su presentación en mesa de partes, hasta la fecha de emisión del primer auto de la calificación de la demanda (ya sea admitido y no admitido)	47	51	61	66	42
	3. Tiempo de duración del trámite del recurso de apelación de sentencia o auto final de segunda instancia en los procesos ordinario y abreviado de la NLPT (días calendarios)	Tiempo de duración del trámite del recurso de apelación de sentencia o auto final de segunda instancia en los procesos ordinario y abreviado de la NLPT	104	124	142	149	170
Producto 1 Proceso judicial tramitado y calificado	4. Índice de resolución de expedientes	Establece la relación entre los expedientes que fueron resueltos e ingresados en el mismo periodo	77%	86%	80%	107%	88%
	5. Porcentaje de Notificaciones Electrónicas emitidas con la NLPT	Establece porcentaje de Notificaciones Electrónicas emitidas con la NLPT			63%	66%	
	6. Tiempo de elaboración del informe técnico del equipo de peritos (días calendarios)	Establece el Tiempo de elaboración del informe técnico del equipo de peritos contables				3	4
Producto 2 Personal Judicial con competencias adecuadas	7. Porcentaje de procesos ordinarios concluidos por conciliación	Establece el porcentaje de procesos ordinarios laborales que han concluido en audiencia	11%	8,4%	7,6%	7,4%	5,7%

		conciliación					
	8. Evaluación satisfactoria en la de capacitación asistida	Establece el porcentaje de personas que obtienen una calificación aprobatoria en las capacitaciones realizadas		82%	78%	98%	
Producto 3 Despachos judiciales debidamente implementados	9. Porcentaje de audiencias de conciliación realizadas en los procesos ordinarios	Establece el porcentaje de audiencias de conciliación realizadas respecto al número de audiencias de conciliación programadas	93%	95%	91%	87%	89%
	10. Porcentaje de audiencias de juzgamiento realizadas en los procesos ordinarios	Establece el porcentaje de audiencias de juzgamiento realizadas respecto al número de audiencias de juzgamiento programadas	92%	96%	90%	87%	89%

* Enero-abril.

Sólo los valores correspondientes al Resultado Específico son calculados por mediana en días calendarios.

Indicador 5: las bases de datos sobre las Notificaciones electrónicas 2017, no son centralizadas aún por la Gerencia de Informática. El cálculo del indicador se inicia en el 2015.

Indicador 6: Sistema de Peritos Contables. El cálculo del indicador se inicia en el año 2016

Indicador 8: base de datos de las instituciones educativas con grado superior. El año 2017 no cuenta con información dado que los promedios son calculados anualmente. El cálculo del indicador se inicia en el 2014.

Fuente: SIJ

Por otro lado, los países de América del Sur han contemplado también, desde hace unos años, en sus legislaciones a la oralidad como base del desenvolvimiento de sus procesos laborales, estando presente como en el Perú tanto en la audiencia de conciliación y la audiencia de juzgamiento con motivo de dotar de celeridad a los procesos judiciales.

Cuadro 2 – El principio de oralidad en la legislación comparada

Venezuela	Ecuador	Chile	Colombia
Ley Orgánica Procesal del Trabajo <i>Gaceta Oficial</i> , 13 agosto 2002, n. 37.504	Código del Trabajo Supl. 16 diciembre 2005, n. 167, y sus modificatorias	Código del Trabajo Texto refundido, coordinado y sistematizado y sus modificatorias	Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social D-Ley 2158/1948 y sus modificatorias
<ol style="list-style-type: none"> 1. Demanda oral o escrita 2. Audiencia preliminar: conciliación o arbitraje 3. Participación activa del juez en la audiencia preliminar 4. En la audiencia de juicio se genera el debate oral de posiciones y la actuación de medios probatorios, donde el juez efectúa preguntas de forma libre 5. El registro de la audiencia de juicio es a través de medios digitales 6. El magistrado expide sentencia en un lapso de 60 minutos 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La demanda puede ser de forma oral o escrita 2. El principio de oralidad materializa el principio de inmediación 3. En el proceso laboral el juez efectúa preguntas de forma libre, tanto a las partes, testigos y peritos 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La demanda, las excepciones y medios de defensa son de forma oral en la audiencia preparatoria 2. Las actuaciones procesales son orales, las cuales son registradas en audio y video 3. En la audiencia de juicio, el magistrado realiza preguntas de forma libre y permite que las partes efectúen precisiones sobre lo que es materia de juicio 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La demanda es de forma oral en el procedimiento ordinario 2. Las actuaciones procesales son orales y son registradas en audio y video, sin suspensión del registro 3. En la audiencia de juzgamiento el juez tiene una participación activa en: oír las pretensiones de las partes, actuación de los medios probatorios y efectuar el interrogatorio 4. El planteamiento del recurso de apelación es de forma oral

Fuente: L. ROJAS RUIZ, [La oralidad como herramienta de eficiencia en la audiencia de juzgamiento del nuevo proceso laboral peruano](#), Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2015

3. Metodología

3.1. Tipo y diseño de investigación

En la investigación cualitativa el objeto de estudio viene representado por conductas, opiniones o percepciones de los sujetos involucrados en relación a una determinada problemática, asimismo, no se busca la corroboración de la hipótesis, sino que implica un descubrimiento⁶⁰.

Teniendo en cuenta lo mencionado, este trabajo de investigación empleó el enfoque cualitativo debido a que se estudió un problema de la sociedad desde las perspectivas de los participantes; es decir, se determinó la incidencia del principio de oralidad en el proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019. Para ello, la recolección de los datos se ejecutó usando la guía de entrevista para los abogados litigantes/especialistas en derecho laboral y la guía de análisis documental, los cuales tuvieron como meta demostrar los supuestos jurídicos.

Acerca del tipo de investigación fue básica porque, con arreglo a Carruitero Lecca⁶¹, esta concuerda con una orientación para comprender el fenómeno social y tiene como sustento otra indagación.

Sobre el diseño de investigación, se usó el de teoría fundamentada cuyo objeto primordial de este diseño es la procreación de una teoría, por eso este diseño comprende un grupo de métodos para crear esa teoría⁶².

Este trabajo de investigación se desplegó con el diseño cualitativo de teoría fundamentada, puesto que las interrogantes del estudio se conformaron a través de dos categorías (principio de oralidad/proceso de indemnización por despido arbitrario), se buscó definir las y determinar su relación; o sea, determinar la incidencia del principio de oralidad en el proceso de indemnización por despido arbitrario. Además, al término de la investigación se proporcionó una teoría que posibilitó entender el problema planteado y a la par, se brindó una solución. En suma, este diseño se aplicó porque las conclusiones a las que se llegó en la fase de desarrollo tuvieron un fundamento en los datos recolectados y las teorías que se vinculaban al problema investigado.

El nivel de investigación fue descriptivo, que muestra el fenómeno tal y

⁶⁰ Vid. P. BEDREGAL, C. BESOAIN, A. REINOSO, T. ZUBAREW, [La investigación cualitativa: un aporte para mejorar los servicios de salud](#), en *Revista Médica de Chile*, 2017, n. 3, p. 374.

⁶¹ F.R. CARRUITERO LECCA, *Introducción a la metodología de la investigación jurídica*, San Bernardo Libros Jurídicos, 2014, p. 180.

⁶² Vid. A.P. CARLIN, Y.H. KIM, *Teaching Qualitative Research: Version of Grounded Theory*, en [Grounded Theory Review](#), 2019, vol. 18, n. 1, p. 35.

como se manifiesta, considerando un límite espacial y temporal; se explica la problemática sin insertar variaciones⁶³.

3.2. Categorías y subcategorías

En las investigaciones cualitativas existen las categorías, con un rol similar a las variables⁶⁴. En el estudio efectuado, se seleccionó una categoría independiente y una categoría dependiente, contando cada una con sus respectivas subcategorías. Es por ello que, la categoría independiente de la investigación fue; principio de oralidad, y sus subcategorías; prevalencia de la oralidad en las audiencias y prevalencia de la expresión hablada en los trámites. La categoría dependiente fue; proceso de indemnización por despido arbitrario, y sus subcategorías; audiencia de conciliación y audiencia de juzgamiento.

3.3. Escenario de estudio

El escenario de estudio fue el distrito de San Isidro donde se suscitaba la problemática, así también, estuvo establecido por el espacio físico en el que se llevaron a cabo las entrevistas. Es necesario indicar que las entrevistas involucraron a las personas calificadas en la materia, y también el lugar donde se generaron dichas entrevistas. Es pertinente mencionar que el escenario de las entrevistas que se aplicaron fueron las respectivas oficinas de los abogados, puesto que es en ellas donde los especialistas decidieron desarrollarlas.

3.4. Participantes

Respecto a los participantes que intervinieron en la investigación, se requiere que los participantes cuenten con la aptitud, capacidad y conveniencia con la que se va a desenvolver el trabajo, es por ello que las resoluciones que se tomen respecto al muestreo son planificadas,

⁶³ Vid. M. ROJAS CAIRAMPOMA, *Tipos de Investigación Científica: Una simplificación de la complicada incoherente nomenclatura y clasificación*, en *Revista Veterinaria Argentina*, 2015, n. 1, p. 7.

⁶⁴ Vid. U. KUCKARTZ, *Qualitative Content Analysis: From Kracauer's Beginnings to Today's Challenges*, en *Forum: Qualitative Social Research*, 2019, vol. 20, n. 3, p. 6.

implicando un procedimiento práctico en la indagación social⁶⁵.

Por lo expuesto, los sujetos que intervinieron en este trabajo de investigación fueron los abogados litigantes y especialistas en derecho laboral; cuya actividad se vinculaba al derecho procesal del trabajo; debido a que pudieron afianzar los conocimientos requeridos a fin de emitir una opinión relativa al tema de investigación.

Cuadro 3 – Entrevistados (Abogados litigantes, especialistas en Derecho laboral)

Nombre y apellido	Profesión/cargo	Institución	Años de experiencia
Magaly Alarcón Salas	Socia	Vinatea & Toyama	Más de 17
Pedro Franco López Moreno	Asesor legal laboral	Independiente	Más de 11
Sebastián Soltau Salazar	Asesor legal laboral	Independiente	Más de 8
Juan Muñoz Becerra	Asesor legal laboral	Independiente	Más de 23
Roberto Carlos Díaz Sánchez	Abogado litigante	Independiente	Más de 17
Franklin Augusto Jiménez Ortiz	Asesor legal laboral	Casa Grande S.A.A. – Grupo Gloria	Más de 6
César Enrique Llorente Vilchez	Asociado	Elías Mantero Abogados	Más de 6
Luis Miguel Romero Palacios	Director legal	GRP Services S.A.C.	Más de 9
Alfonso Yasuyoshi Higa García	Asociado	Vinatea & Toyama	Más de 7
Francisco Carrasco Cabezas	Senior	KMPG Perú	Más de 5

Fuente: elaboración propia

⁶⁵ *Vid.* R. PÉREZ-LUCO ARENAS, L. LAGOS GUTIÉRREZ, R. MARDONES BARRERA, F. SÁEZ ARDURA, *Taxonomía de diseños y muestreo en investigación cualitativa. Un intento de síntesis entre las aproximaciones teórica y emergente*, en *Ámbitos*, 2018, n. 39, p. 6.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En las investigaciones cualitativas cuando se recolectan los datos casi siempre nacen otras ideas para recopilar otros⁶⁶. Así y todo, se hizo uso de estas técnicas e instrumentos. Acerca de las técnicas, se dispuso de la entrevista ya que, en el juicio de Hernández Carrera⁶⁷, por ella se examinan las vivencias de las personas asociándolas con quehaceres habituales o laborales, colocando un realce especial en penetrar a las actividades e interrelaciones en su entorno natural, dejando de lado las modificaciones que ocasiona un escenario artificial.

Otra de las técnicas aplicadas fue el análisis documental, mediante el cual se recabó información de fuentes documentales, usando la guía de análisis documental como instrumento. Es menester señalar que los instrumentos de recogida de datos fueron confiables y válidos, esto fue posible con la certificación de tres expertos en la materia.

Ahora, las estadísticas presentadas como las del SIJ sobre la duración de los procesos laborales con la actual NLPT constituyen datos referenciales debido a la naturaleza de la investigación cualitativa.

3.6. Procedimiento

También se contó con un procedimiento de análisis o trayectoria metodológica, el cual consistió en una etapa para la realización de la investigación donde se efectuó un examen contextual de los datos más importantes que se recabaron. Es de recalcar que se utilizó un enfoque cualitativo de diseño teoría fundamentada, lo cual posibilitó examinar y entender la indagación que se estaba ejecutando. Considerando lo descrito, en esta investigación se organizó la información recogida por medio de las técnicas e instrumentos seleccionados, luego se pasó a comprobar si los datos seleccionados eran los convenientes y suficientes para alcanzar los objetivos propuestos. Subsiguientemente, se clasificó la información copiada dando prioridad a la obtenida a raíz de la entrevista y análisis documental.

Por último, se prosiguió a sistematizar la información recolectada con una orientación referente a que los datos elegidos fueran los pertinentes para llegar a cumplir los objetivos, general y específicos. Los datos se ordenaron

⁶⁶ Vid. P. BANSAL, W.K. SMITH, E. VAARA, *New Ways of Seeing through Qualitative Research*, en *Academy of Management Journal*, 2018, vol. 61, n. 4, p. 1193.

⁶⁷ R.M. HERNÁNDEZ CARRERA, [*La investigación cualitativa a través de entrevistas: su análisis mediante la teoría fundamentada*](#), en *Cuestiones Pedagógicas*, 2014, n. 23, p. 188.

de forma metódica con la intención de generar la integración de resultados; lo que llevó a enunciar las conclusiones del trabajo.

3.7. Rigor científico

Esta parte del estudio científico tiene que ver con el valor y calidad de la investigación, en donde resaltan aspectos como la ética que emplea el autor al momento de desarrollar su estudio, siempre vinculado a los instrumentos de los que se vale, así como también el trabajo de campo, entre otros, permitiendo dar confiabilidad sobre la averiguación ejecutada⁶⁸.

3.8. Método de análisis datos

Según Murillo⁶⁹ este procedimiento involucra la codificación y análisis simultáneo de los datos con la intención de fomentar conceptos. También, puede decirse que, cuando se comparan constantemente los acontecimientos particulares de los datos el autor afina dichos conceptos, precisa sus características, examina las conexiones de unos con otros y los incorpora en una teoría congruente. En este caso se analizó la relación entre las categorías: principio de oralidad y proceso de indemnización por despido arbitrario, con sus respectivas subcategorías.

En ese marco, se hizo uso de los métodos de análisis interpretativo, análisis de integración, análisis argumentativo, análisis comparativo, análisis hermenéutico y análisis inductivo.

3.9. Aspectos éticos

Los aspectos éticos tienen un impacto a lo largo de todo el proceso de investigación, ya que se vincula con las teorías de la investigación, el contexto social de la investigación, las preguntas y el nexo entre el investigador y lo investigado⁷⁰. Esta investigación respetó los lineamientos

⁶⁸ Vid. W.I ABANTO VÉLEZ, *Diseño y desarrollo del proyecto de investigación*, Universidad César Vallejo, 2013, p. 67.

⁶⁹ Como se citó en P. SCETTINI, I. CORTAZZO, *Análisis cualitativo de datos cualitativos en la investigación social. Procedimientos y herramientas para la interpretación de información cualitativa*, Editorial de la Universidad de la Plata, 2015, p. 38.

⁷⁰ Vid. N. NIGAR, *Hermeneutic Phenomenological Narrative Enquiry: A Qualitative Study Design*, in *Theory & Practice in Language Studies*, 2020, vol. 10, n. 1, p. 15.

de la Universidad César Vallejo y cumplió los criterios científicos del enfoque cualitativo, los cuales fueron inspeccionados por el asesor metodológico. Asimismo, se siguió las directrices de las normas APA (American Psychological Association) y normas de derecho a la propiedad intelectual al momento de incorporar las citas y referencias bibliográficas de sus respectivos autores. Es por estos motivos que este trabajo científico obedeció a los preceptos éticos y legales.

4. Resultados

En este capítulo se enuncian los resultados obtenidos tanto en la guía de entrevista como en la guía de análisis documental, para lo cual se tomó en cuenta los objetivos de la investigación.

4.1. Presentación de los datos

A continuación, se procedió a establecer los resultados de la investigación.

4.1.1. Descripción de los resultados del instrumento guía de entrevista

Respecto a la guía de entrevista, se elaboraron preguntas en relación a los objetivos de la investigación. El objetivo general contó con tres preguntas, siendo que el objetivo específico 1 y objetivo específico 2 también; lográndose obtener un total de nueve preguntas.

En relación al objetivo general *Determinar de qué manera el principio de oralidad incide sobre el proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019*, la primera pregunta fue: *¿Cómo ha contribuido la implementación del principio de oralidad de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en los procesos de indemnización por despido arbitrario?*

Los expertos Higa García, Jiménez Ortiz, Alarcón Salas, Díaz Sánchez, Romero Palacios, Muñoz Becerra, Carrasco Cabezas, Llorente Vélchez y López Moreno respondieron con similitud al concordar que, con el principio de oralidad se había dado una mayor asertividad al momento de emitir sentencia dentro de este proceso, esto debido a que mediante dicho principio se permitió que los jueces tuvieran mayor actividad dentro del proceso conociendo desde un punto de vista más cercano las declaraciones de ambas partes cuando sustentaban sus posiciones, respaldándose ello también mediante las actuaciones probatorias que se realizaban de forma

oral, permitiéndose concretar los principios de celeridad e inmediación. Sin embargo, Soltau Salazar señaló que la oralidad no había tenido un impacto específico en los procesos de indemnización por despido arbitrario, pero la oralidad en cualquier tipo de proceso laboral había ayudado a que el juez entendiera las posiciones de las partes en el conflicto jurídico.

Conforme a los resultados de la primera pregunta del objetivo general, 9 de los 10 entrevistados afirmaron que la implementación del principio de oralidad había contribuido positivamente en los procesos de indemnización por despido arbitrario, porque permitía al juez conocer las teorías del caso de las partes a fin de emitir sentencia conforme a derecho. 1 de los 10 entrevistados afirmó que la oralidad en cualquier tipo de proceso laboral había ayudado a que el juez entendiera las posiciones de las partes y ello no solo en el proceso de indemnización por despido arbitrario.

En relación a la segunda pregunta del objetivo general – *¿La implementación del principio de oralidad ha contribuido para que el trabajador obtenga Tutela Jurisdiccional Efectiva en el proceso de indemnización por despido arbitrario?* – los entrevistados Llorente Vílchez, Díaz Sánchez, López Moreno, Higa García, Jiménez Ortiz, Carrasco Cabezas, Muñoz Becerra, Romero Palacios y Alarcón Salas concordaron al responder que, la implementación del principio de oralidad sí había contribuido para la mejor obtención de tutela jurisdiccional efectiva, debido a que con el principio de oralidad se daba la búsqueda de la verdad material a través del contacto directo entre el juez y las partes, permitiendo así que el magistrado formulara preguntas referidas a por qué y cómo ocurrió la desvinculación laboral para que determinara si se estaba ante un supuesto de despido arbitrario, y si ello resultaba así, correspondía la indemnización; caso contrario, no. Asimismo, mencionaron que era necesaria la especialización y predisposición del juez. En oposición a ello, Soltau Salazar refirió que no existía una mayor garantía de tutela jurisdiccional efectiva en un proceso laboral oral, porque cuando se implementó el principio de oralidad suponía vincularlo a los principios de celeridad e inmediación, no obstante; actualmente existían procesos laborales que tardaban de 4 a 5 años, por lo que la oralidad no necesariamente había significado una mayor garantía de tutela judicial efectiva.

De acuerdo a los resultados de la segunda pregunta del objetivo general, 9 de los 10 entrevistados afirmaron que el principio de oralidad sí había contribuido para que el trabajador obtenga una mejor tutela jurisdiccional efectiva en el proceso de indemnización por despido arbitrario, puesto que el juez al tener contacto directo con las partes podía saber cómo realmente ocurrió el despido, y si el despido era ilegal otorgaba la indemnización. 1 de los 10 entrevistados manifestó que la oralidad por sí sola no había

contribuido a otorgar una mejor tutela jurisdiccional efectiva, debido a que existían procesos que tardaban demasiado tiempo en resolverse.

En cuanto a la tercera pregunta del objetivo general – *¿Ha notado deficiencias cuando en los procesos de indemnización por despido arbitrario los operadores jurídicos se tienen que valer del principio de oralidad? ¿Cuáles son?* – los entrevistados Alarcón Salas, López Moreno, Soltau Salazar, Jiménez Ortiz, Carrasco Cabezas y Romero Palacios mencionaron que sí habían notado deficiencias, siendo que uno de los operadores jurídicos con mayores defectos eran los abogados, por diversos factores, como por ejemplo; cuando únicamente daban lectura a sus posiciones jurídicas sin estar preparados para expresarse de forma oral, el nulo interés por capacitarse en técnicas litigación oral, la falta de empleo de oralidad al actuar sus medios probatorios, situación contraproducente porque algunos abogados se centraban en su lectura; generando a la vez que el juez no tuviera una convicción sobre el objeto de la Litis.

Así mismo, Muñoz Becerra, Higa García y Llorente Vilchez mencionaron que también habían notado deficiencias, siendo que uno de los operadores jurídicos con mayores defectos eran los jueces. Por ejemplo; la poca fluidez que daban a la audiencia, la falta de preparación sobre los casos que desencadenaba en que no existieran propuestas de solución ante el conflicto, como en la audiencia de conciliación. A su vez, señalaron que la falta de conocimiento de los jueces sobre la controversia jurídica hacía que le otorgaran mayor valor a las declaraciones de las partes dejándose llevar por argumentos impactantes que carecían de contenido y sin tomar en cuenta los medios probatorios; lo que a su vez perjudicaba la celeridad del proceso porque el juez permitía toda actuación en la audiencia y no lograba fijar la controversia. Adicionalmente, Díaz Sánchez expresó que los jueces tenían una falta de conocimiento respecto al derecho procesal laboral dejando pasar la oralidad y la inmediación en perjuicio del demandante (en algunos casos) o de acceder a la tutela jurisdiccional efectiva.

Acorde a los resultados de la tercera pregunta del objetivo general, 6 de los 10 entrevistados afirmaron que sí habían notado deficiencias en el empleo de la oralidad por parte de los operadores jurídicos, siendo que los abogados tenían deficiencias por no saber cómo sustentar sus teorías del caso y pruebas oralmente. 4 de los 10 entrevistados afirmaron que los jueces tenían deficiencias al valerse de la oralidad, porque no poseían una buena preparación o conocimiento del derecho procesal laboral oral, lo cual hacía que no dirigieran bien el proceso.

Con respecto al objetivo específico 1 – *Determinar de qué manera la prevalencia de la oralidad en las audiencias incide en la audiencia de conciliación del proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019* – la

primera pregunta fue: *¿Cómo la aplicación de la prevalencia de la oralidad en las audiencias garantiza que en la audiencia de conciliación se arribe a un acuerdo justo sin afectar los derechos laborales?*

Los entrevistados Romero Palacios, Alarcón Salas, López Moreno, Muñoz Becerra, Díaz Sánchez y Llorente Vílchez concordaron en que la oralidad en la audiencias de conciliación había jugado un rol importante; debido a que implicaba la participación activa de los involucrados (demandante y demandado), en tanto ellos verbalmente propiciaban el acuerdo conciliatorio a través de la manifestación libre de sus propuestas solucionando el conflicto; siendo que los abogados ayudaban a que las partes puedan generar el acuerdo respetando los derechos laborales. En adición, Jiménez Ortiz manifestó que en la actuación del juez también se había podido ver la prevalencia de la oralidad en las audiencias de conciliación, puesto que este al ser director del proceso invitaba a dialogar a las partes y les informaba si el acuerdo era viable para respetar los derechos laborales.

En oposición a lo mencionado anteriormente estuvo lo aludido por Carrasco Cabezas y Soltau Salazar, quienes coincidieron al referir que la oralidad y la conciliación no guardaban relación, ya que llegar a un acuerdo conciliatorio representaba un acto libre y solo prosperaba si las partes deseaban. Aunado a ello, Higa García indicó que la única relación que había entre oralidad y la posibilidad de arribar a un acuerdo en la audiencia de conciliación era que las partes prefirieran conciliar en lugar de someterse a una audiencia de juzgamiento con una teoría del caso débil y cuyos cuestionamientos iban a ser evidentes en un proceso oral.

En relación a los resultados de la primera pregunta del objetivo específico 1, 7 de los 10 entrevistados manifestaron que la prevalencia de la oralidad en las audiencias había ayudado a que en la audiencia de conciliación se arribara a un acuerdo justo cuando las partes participaban activamente al manifestar libre y oralmente sus propuestas para solucionar el conflicto, siendo que el juez era el encargado de fomentar el diálogo e informar si el acuerdo podía ser viable a fin de respetar los derechos laborales. 3 de los 10 entrevistados afirmaron que no existía relación entre la prevalencia de la oralidad en las audiencias y que en la audiencia de conciliación se arribara a un acuerdo, porque el acuerdo únicamente dependía de si las partes deseaban hacerlo.

Sobre a la segunda pregunta del objetivo específico 1 – *¿Considera usted que el no registro en audio y video de la audiencia de conciliación perjudica la aplicación de la prevalencia de la oralidad en las audiencias?* – los entrevistados Carrasco Cabezas, Romero Palacios, Alarcón Salas, López Moreno, Jiménez Ortiz, Llorente Vílchez y Muñoz Becerra señalaron con similitud que, ello no era perjudicial

porque no grabar la audiencia apoyaba a la libertad de las partes para sincerarse en sus propuestas, asimismo, las incentivaba a poder manifestar de forma oral sus intereses y alternativas con el fin de arribar a un acuerdo conciliatorio; ello sin considerar lo jurídico o las pruebas ofrecidas en los actos postulatorios. Adicionalmente a ello, Higa García y Soltau Salazar agregaron que tampoco perjudicaba porque no grabar las declaraciones de las partes era para evitar que posiblemente sus afirmaciones puedan ser, en un futuro, utilizadas en su contra; lo cual desincentivaría la conciliación. Por otra parte, Díaz Sánchez de forma general manifestó que existían juzgados que ni siquiera contaban con la tecnología para un registro.

Conforme a los resultados de la segunda pregunta del objetivo específico 1, 7 de los 10 entrevistados afirmaron que el no registro de audio y video de la audiencia de conciliación no perjudicaba la prevalencia de la oralidad, ya que ello ayudaba a que las partes se sintieran libres de expresar oralmente sus propuestas conciliatorias para resolver el conflicto. 2 de los 10 entrevistados afirmaron que tampoco perjudicaba, porque el no registro hacía que las partes tuvieran seguridad de que sus declaraciones no se usarían en su contra. 1 de los 10 entrevistados mencionó, genéricamente, que algunos juzgados ni siquiera contaban con tecnología para un registro. En relación a la tercera pregunta del objetivo específico 1 – *¿El plazo de un mes para arribar a un acuerdo en la audiencia de conciliación constituye una ventaja o perjuicio en la materialización de la prevalencia de la oralidad en las audiencias?* – los especialistas Alarcón Salas y Muñoz Becerra respondieron con gran similitud al aseverar que no perjudicaba y que en la práctica no se cumplía con el plazo de un mes estipulado en la norma, siendo que las partes podían conciliar hasta antes de la expedición de sentencia firme, lo que justamente era gracias a la oralidad. Complementando lo anterior, López Moreno, Higa García y Soltau Salazar mencionaron que la conciliación podía arribarse en cualquier etapa del proceso hasta antes de la emisión de sentencia con calidad de cosa juzgada, siendo que no existía un plazo que impidiera llegar a ese acuerdo (art. 30 NLPT).

Asimismo, Romero Palacios señaló que el plazo de un mes sería irrazonable porque no se podía forzar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio en ese tiempo y menos cuando primaba la oralidad. Llorente Vélchez agregó que, si bien era cierto, la norma procesal establecía un plazo de un mes (art. 43 NLPT), éste plazo se refería a cuando las partes prolongan la conciliación, más no para el hecho de forzar una conciliación; porque lo que se buscaba era no dilatar innecesariamente el proceso.

De forma totalmente opuesta a lo mencionado, Jiménez Ortiz consideró que el plazo de un mes era positivo para arribar a un acuerdo conciliatorio que solucionara el conflicto, por lo que Díaz Sánchez y Carrasco Cabezas

expresaron que de existir un perjudicado por el incumplimiento de los plazos, este sería el trabajador demandante por la necesidad económica que debía cubrir.

De acuerdo a los resultados de la tercera pregunta del objetivo específico 1, 7 de los 10 entrevistados afirmaron que en la práctica no se tomaba en cuenta el plazo de un mes para llegar a un acuerdo conciliatorio, y ello no era perjudicial porque justamente con la oralidad se buscaba que las partes a través el diálogo llegaran a un acuerdo en cualquier etapa del proceso, siendo un mes irrazonable. 1 de los 10 entrevistados afirmó que el plazo de un mes para conciliar sí constituía una ventaja. 2 de los 10 entrevistados afirmaron que de haber un perjudicado a razón que el acuerdo no se arribara en un mes era el trabajador, por las necesidades económicas que requería cubrir con la indemnización.

Con respecto al objetivo específico 2 – *Determinar de qué manera la prevalencia de la expresión hablada en los trámites incide en la audiencia de juzgamiento del proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019* – la primera pregunta fue: *¿Cree usted que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites en la audiencia de juzgamiento permite que el juez tenga un buen entendimiento de lo que es materia de litigio?*

Los expertos Higa García, Alarcón Salas, Carrasco Cabezas, Muñoz Becerra, López Moreno, Jiménez Ortiz, Llorente Vílchez y Romero Palacios establecieron que, efectivamente la prevalencia de la expresión hablada en los trámites en la audiencia de juzgamiento permitía que el juez tuviera un buen entendimiento de lo que era materia de litigio, considerando que la oralización de posiciones y teorías del caso de manera precisa tenían el propósito que el magistrado conociera de forma clara y concreta los hechos en controversia, por lo que si existía alguna duda el juez podía pedir a las partes la aclaración de los puntos que resultaban oscuros, no obstante; también manifestaron que era necesario que el magistrado hubiese analizado lo actuado en la audiencia.

En contra posición a lo expresado, Soltau Salazar y Díaz Sánchez consideraron que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites no necesariamente permitía un buen entendimiento por parte del juez sobre lo que era materia de litigio, sino que dependía de la adecuada preparación del abogado para sustentar y la disposición del juez para dirigir la audiencia oral; debido a que en muchos casos el magistrado únicamente se limitaba a escuchar a ambas partes.

Acorde a los resultados de la primera pregunta del objetivo específico 2, 8 de los 10 entrevistados afirmaron que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites sí había ayudado a que el juez entendiera el conflicto y ello era gracias a la expresión oral de las teorías del caso, que había posibilitado

saber mejor al magistrado los hechos controvertidos, pero también se requería que el juez analizara lo actuado a fin de emitir una decisión correcta. 2 de los 10 entrevistados afirmaron que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites no siempre había ayudado a que el juez entendiera el conflicto, ya que ello dependía de la preparación del abogado al explicar su teoría del caso oralmente y de la aptitud del juez para dirigir el proceso.

En cuanto a la segunda pregunta del objetivo específico 2 – *¿Considera usted que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites se llega a materializar realmente en la etapa de actuación probatoria de la audiencia de juzgamiento?* – los expertos Carrasco Cabezas, Higa García, Romero Palacios, López Moreno, Jiménez Ortiz, Llorente Víchez, Muñoz Becerra y Díaz Sánchez concordaron en que sí se materializaba la prevalencia expresión hablada en los trámites durante la etapa de actuación probatoria, porque las partes exponían oralmente y de forma libre la pertinencia y finalidad de sus pruebas destinadas a respaldar sus teorías del caso, acreditando si se estaba ante un supuesto de despido arbitrario o no, pero a la vez señalaron que no se debía olvidar el empleo adecuado de las técnicas de litigación oral. Asimismo, tal materialización también se había generado con la actuación del juez en el proceso laboral, debido a que este a fin de llegar a la verdad material formulaba preguntas directas (interrogatorio) a las partes para disipar cualquier duda, y así resolver la controversia jurídica.

Sin embargo, Alarcón Salas consideró que ello no era así y sobre todo cuando se actuaban pruebas documentales, porque al ser muchos documentos el juez los pasaba por alto y dejaba su revisión para después, no permitiendo que estos se actuaran de forma oral por las partes; lo cual generaba un recorte de derechos. Así también, Soltau Salazar refirió que tampoco se materializaba la prevalencia de expresión hablada de los trámites en esta etapa, porque solía ser frecuente que los abogados no sabían cómo interrogar o porque existía una falta de control de los jueces ante las preguntas del interrogatorio.

En relación a los resultados de la segunda pregunta del objetivo específico 2, 8 de los 10 entrevistados afirmaron que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites sí se materializaba en la etapa de actuación probatoria, y ello se veía cuando se permitía a las partes actuar oralmente sus pruebas con el propósito de respaldar sus teorías del caso, o cuando el juez efectuaba el interrogatorio para conocer la verdad de los hechos. 2 de los 10 entrevistados afirmaron que no necesariamente la prevalencia de la expresión hablada se daba bien en esta etapa, ya que en algunos casos el juez no permitía que se actuaran adecuadamente las pruebas documentales o los abogados y el magistrado no tenían una actuación correcta en el

desarrollo del interrogatorio.

Respecto a la tercera pregunta del objetivo específico 2 – *¿Es adecuada la manera en la que el magistrado emplea la prevalencia de la expresión hablada en los trámites para expedir sentencia en la audiencia de juzgamiento?* – los entrevistados Jiménez Ortiz, Romero Palacios, Muñoz Becerra y Alarcón Salas aseveraron con gran similitud que, sí creían que el juez empleaba adecuadamente la prevalencia de la expresión hablada en los trámites en la emisión sentencia, siendo que ello resultaba gracias a que las partes expresaban de forma oral sus posiciones permitiendo que el juez se formara un criterio sobre quién tenía la razón o no y, por tanto, era beneficioso que en los casos en que emitía su fallo en audiencia lo expresara oralmente; porque ayudaba a explicar de forma clara y precisa su decisión acercando la justicia a las partes. Finalmente, todo ello dejó ver que se había cumplido con el fin de la oralidad y los otros principios del proceso.

De forma contraria a lo declarado por los anteriores expertos, Llorente Vélchez, Carrasco Cabezas y Soltau Salazar mencionaron que no siempre el juez empleaba de forma adecuada la prevalencia de la expresión hablada cuando emitía sentencia, porque en algunos casos el juez bajo el pretexto de la prevalencia de la oralidad otorgaba mayor valor a lo expresado oralmente que a lo escrito o probado, o cuando no se tomaba en cuenta para el debate un hecho alegado en la contestación de demanda; constituyendo un perjuicio.

Asimismo, López Moreno y Díaz Sánchez concordaron en que existía un empleo erróneo de la prevalencia de expresión hablada al momento de expedir sentencia, ya que si bien en la ley el fallo debía emitirse en audiencia de juzgamiento, o excepcionalmente en 5 días hábiles, en la práctica – en muchos casos – no ocurría así; por lo que se evidenciaba una gran deficiencia en los jueces laborales, lo cual según Higa García era porque los magistrados permitían, de forma permisiva, toda actuación en el proceso haciendo que existiera gran cantidad de información que dificultaba emitir fallo final en la audiencia de juzgamiento.

Conforme a los resultados de la tercera pregunta del objetivo específico 2, 4 de los 10 entrevistados afirmaron que sí era adecuada la manera en la que el juez empleaba la prevalencia de la expresión hablada en los trámites al expedir sentencia, y ello se veía cuando el juez luego de formarse convicción sobre quien tenía la razón expresaba oralmente y con claridad su decisión en la audiencia, lo que era gracias a la expresión oral de las partes sobre sus teorías del caso. 3 de los 10 entrevistados afirmaron que el juez no siempre empleaba de forma adecuada la prevalencia de la expresión hablada cuando emitía sentencia, porque bajo el pretexto de la oralidad dejaba de lado elementos importantes como los escritos o pruebas. 3 de los 10

entrevistados señalaron que el juez empleaba erróneamente la prevalencia de la expresión hablada en los trámites al expedir sentencia porque en muchos casos no emitía su fallo en la misma audiencia, lo que generalmente se daba por el inadecuado manejo que tenía del proceso.

4.1.2. Descripción de los resultados del instrumento guía de análisis documental

Respecto a la guía de análisis documental, se recopilaron documentos en relación a los objetivos de la investigación. El objetivo general contó con tres documentos para su análisis, siendo que el objetivo específico 1 y objetivo específico 2 también; lográndose obtener un total de nueve documentos entre los que destacan artículos y una ponencia.

Para el objetivo general *Determinar de qué manera el principio de oralidad incide sobre el proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019* se utilizaron tres documentos.

De un artículo de Toledo Toribio⁷¹ se pudo encontrar que, el principio de oralidad había coadyuvado a que las partes pudieran acceder a la justicia en igualdad de condiciones, puesto que; se permitía que el juez y ellas interactuaran de forma eficaz a fin de delimitar el real objeto de la controversia y fijar las pruebas pertinentes, ello con la única meta de encontrar la verdad y otorgar tutela jurisdiccional efectiva; garantizándose así que la parte vencedora del conflicto jurídico fuera quien poseía la razón y no quien poseía los medios económicos.

Respecto a un artículo de Berrocal Durán⁷² se extrajo que, los jueces de los Juzgados Laborales de Barranquilla tenían potestad de adelantar de manera acertada el desenvolvimiento de las distintas etapas del proceso, para así hacer efectivo los derechos sustantivos y constitucionales de los sujetos procesales, adoptando de esa manera las medidas esenciales que iban desde la interposición de la demanda hasta la expedición de la sentencia final, considerándose de esa manera que el juez jugaba un papel fundamental con respecto a las diferentes decisiones a tomar. En base a ello se observó que, la oralidad tenía un papel preponderante sobre la rápida y eficaz impartición de justicia, pues ello a su vez implicaba la efectiva aplicación de los principios de celeridad e inmediación, que permitían al magistrado

⁷¹ O. TOLEDO TORIBIO, *Como acercar el proceso contencioso administrativo laboral a los fundamentos de la nueva ley procesal del trabajo*, en *Unisul de Fato e de Direito*, 2018, n. 17, p. 212.

⁷² J.C. BERROCAL DURÁN, *Igualdad material de las partes en el proceso laboral: audiencias, conciliación y primera de trámite*, en *Justicia*, 2016, n. 30.

interactuar constantemente con los sujetos procesales⁷³.

Finalmente sobre un artículo de Marín Boscan⁷⁴ pudo hallarse que, el principio de oralidad del proceso laboral y la tutela judicial efectiva se vinculaban de forma inmediata, ya que gracias a la oralidad se había podido garantizar que la obtención de justicia fuera rápida y oportuna, lo cual justamente cumplía con uno de los fundamentos de la tutela jurisdiccional efectiva; pero claramente teniendo en cuenta la imparcialidad en el proceso para darle a cada cual lo que le atañía. Lo dicho anteriormente se vio reflejado en el caso de Venezuela que mediante la implementación de un sistema laboral oral, que implicó una amplia reforma en lo orgánico y estructural del Poder Judicial, permitió que la impartición de justicia fuera más celeré y eficaz; lo que se vislumbraba con el tiempo de la resolución de las controversias jurídicas que sucedían de forma más breve⁷⁵.

De lo analizado a través de este instrumento, para el objetivo general, se encontró que el principio de oralidad en los procesos laborales había permitido que los sujetos procesales desarrollaran sus actuaciones de forma más celeré; ello debido al contacto directo que permitía que el juez conociera de forma más apropiada cómo ocurrieron los hechos controvertidos y, por ende, facultándolo a expedir una sentencia adecuada a fin de garantizar el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva.

En cuanto al objetivo específico 1 – *Determinar de qué manera la prevalencia de la oralidad en las audiencias incide en la audiencia de conciliación del proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019* – se emplearon tres documentos.

De acuerdo a un artículo de Arese⁷⁶ se encontró que, en Venezuela y Colombia la oralidad había desempeñado un papel muy importante sobre todo en las audiencias de conciliación. En Colombia el principio de oralidad había sido un principio trascendental porque contribuía a que las audiencias se efectuaran en un único momento, mediante la concentración de estas. Asimismo, dicha concentración de audiencias posibilitaba a que los acuerdos de conciliación se llevaran en tiempos breves. En Venezuela la oralidad era como un aspecto importante para la instancia de conciliación, ya que había generado que el proceso fuera más breve, justamente por el establecimiento de esta audiencia en donde se podía arribar a acuerdos⁷⁷.

⁷³ *Ibidem*, p. 129

⁷⁴ F.J. MARÍN BOSCAN, *Oralidad y Tutela Judicial Efectiva de los sujetos en el trabajo en Venezuela*, en *Frónesis*, 2017, n. 2.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 239.

⁷⁶ C. ARESE, *El acceso a tutela judicial efectiva laboral*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2015, n. 21.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 245.

En relación a un artículo de Pauletti y Ramírez Amable⁷⁸ se halló que en Colombia la oralidad tenía papel fundamental y prevalente en cuanto a la audiencia de conciliación, ya que su validez se fundamentaba en la presencia del juez que interactuaba con las partes. De igual modo, se estableció que el acuerdo de conciliación era lo único que se transcribía, prohibiéndose a su vez que se efectuaran copias y reducciones al acuerdo de conciliación que llegaba a redactarse en un acta; permitiendo a las partes expresar libremente sus posiciones. El acta conciliatoria que expresaba el acuerdo solo podía ser firmada por el juez y se guardándose un registro de ella⁷⁹.

Por último, de un artículo de Restrepo Pimenta⁸⁰ se extrajo que, en el sistema laboral venezolano con base en la oralidad, el único que podía dirigir la audiencia de conciliación era el juez laboral para que así se pudiera concretar la interacción y contacto con las partes. Así también, la labor del juez en la audiencia de conciliación consistía en presentar a las partes los beneficios que les traería conciliar y que así ellas a través del diálogo pudieran llegar a un acuerdo conciliatorio beneficioso para todos. Ello claramente resaltó lo fundamental de la expresión oral. Entonces, la actitud del juez mediante su desenvolvimiento oral era primordial porque servía para acercar a las partes y al mismo tiempo expresarles que las fórmulas conciliatorias que manifestaran no implicaban una declaración adelantada que afectara su posición jurídica en el proceso si es que no llegaban a conciliar⁸¹.

De lo examinado en este instrumento, para el objetivo específico 1, se halló que al haberse permitido que en la audiencia de conciliación las partes expresaran libremente sus propuestas conciliatorias facilitaba a resolver el conflicto de forma celeré, ello sin llegar a una audiencia de juzgamiento, siendo también fundamental la participación activa del magistrado a fin de persuadir a las partes para conciliar.

Para el objetivo específico 2 – *Determinar de qué manera la prevalencia de la expresión hablada en los trámites incide en la audiencia de juzgamiento del proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019* – se usaron tres documentos.

Por medio de una ponencia de Corpus Vanegas⁸² se llegó a encontrar que,

⁷⁸ A.C. PAULETTI, M.V. RAMÍREZ AMABLE, *La prueba en el proceso por audiencias*, en *Revista de Derecho Procesal*, 2018, n. 1.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁸⁰ J.L. RESTREPO PIMENTA, *Procedimiento ordinario laboral en Colombia y Venezuela: Análisis comparativo*, en *Advocatus*, 2015, n. 24.

⁸¹ *Ibidem*, p. 180.

⁸² J.S. CORPUS VANEGAS, *El juez modelo para la oralidad laboral*, en AA.VV., *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal – Memorias*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2013.

a pesar de la existencia de carencia de otros materiales de prueba que debieron ser aportados por el demandado, el juez de oralidad en Colombia conservaba sus prerrogativas para decidir la admisión y actuación del material probatorio, justamente porque la oralidad realizaba su labor de director del proceso y hacía que se mantuviera constantemente activo en el proceso. Así también, tal situación de carencia no dejaba sin efecto otras actuaciones procesales que debía cumplir la parte demandada. Entonces, si se presentaba el caso de que el juez no tenía todo el material probatorio ello no afectaba el trámite del proceso, debido a que el juez poseía todas las facultades para participar activamente en el proceso de forma oral, por lo que podía decretar la existencia de los hechos que se presumían probados a fin de subsanar las deficiencias probatorias hasta llegar a la audiencia de juzgamiento⁸³.

En cuanto a un artículo de Vinatea Recoba y Soltau Salazar⁸⁴, pudo verse la importancia que tenía el hecho que el juez de trabajo citara al testigo adverso, lo cual implicaba que el magistrado hiciera uso de sus prerrogativas para interrogar oralmente a tal testigo, y por tanto, permitía obtener información relevante que ayudara a solucionar la controversia jurídica; destacándose la importancia de la expresión hablada en los trámites, que a la vez daba eficacia al derecho de probar en su vertiente de derecho a actuar el material probatorio admitido. Es por ello que tal citación no únicamente denotaba un sentido de utilidad, sino que obedecía a un fundamento constitucional⁸⁵.

Finalizando, estuvo un artículo de Reynoso Castillo⁸⁶ en donde se encontró que, pese a que instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos no señalaban taxativamente a la oralidad podía verse que ello se encontraba implícito cuando en sus articulados se hacía referencia a una justicia pronta y eficaz, ya que la oralidad ayudaba a ello. Así también se refirió al caso de la normativa peruana, donde se destacó lo importante de la oralidad mediante la llamada oralización, puesto que en la audiencia de juzgamiento de forma oral las partes procesales sustentaban si el material probatorio ofrecido respaldaba sus posiciones jurídicas o no, pasándose después a la etapa de alegatos en la que también se veía cómo de manera oral las partes vinculaban los hechos con las

⁸³ *Ibidem*, p. 766.

⁸⁴ L. VINATEA RECOBA, S. SOLTAU SALAZAR, [*La asistencia de los testigos adversos a la audiencia de juzgamiento: hacia una interpretación razonada del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497. Nueva Ley Procesal del Trabajo*](#), en *Inus et Veritas*, 2013, n. 46.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 397.

⁸⁶ C. REYNOSO CASTILLO, [*Hacia una nueva justicia laboral en México*](#), en *esta Revista*, 2019, n. 3.

pruebas a fin de sostener su postura, concluyéndose con la expedición rápida de la sentencia, si es que la naturaleza del litigio lo permitía⁸⁷. De lo evaluado en este instrumento, para el objetivo específico 2, se halló que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites, como el de la actuación probatoria, había sido fundamental porque permitía que el juez supliera cualquier carencia surgida respecto del material probatorio, a fin de que no tuviera inconvenientes para que las pruebas se actúen oralmente. Dicha prevalencia de la expresión hablada en los trámites también se veía cuando el juez efectuaba el interrogatorio para encontrar la verdad de los hechos controvertidos, asimismo, cuando por medio de la voz hablada las partes respaldaban sus posiciones jurídicas con la actuación de sus medios probatorios.

5. Discusión

A continuación, se procedió a establecer la discusión de la presente investigación. Es pertinente aclarar que esta parte del estudio no constituyó una reproducción de los resultados que se obtuvieron, sino que vino a ser la composición de los juicios de valor que fueron la razón de ser de la investigación.

En relación al objetivo general – *Determinar de qué manera el principio de oralidad incide sobre el proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019* – en el instrumento guía de entrevista se encontró que, la mayoría de los entrevistados concordaron que con la implementación del principio de oralidad de la NLPT se había logrado una mayor asertividad al momento que el juez emitía sentencia, y esto debido a que a través del principio de oralidad se permitió que los magistrados tuvieran mayor actividad dentro del proceso laboral conociendo desde un punto de vista más cercano las teorías del caso que las partes sustentaban de forma oral. Y se vio que ello guardaba gran similitud con lo formulado por Díaz Arce y Diestra Arevalo⁸⁸ cuando los autores refirieron que mediante la NLPT se buscó cambiar el sistema anterior por uno con preeminencia de la oralidad para que los procesos se dieran con una comunicación fluida, a fin de permitir que el juez expidiera un fallo final debidamente fundamentado. Asimismo, los entrevistados también mencionaron que la oralidad claramente había contribuido para que el trabajador obtenga una mejor tutela jurisdiccional efectiva en el proceso de indemnización por despido

⁸⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁸⁸ N.F. DÍAZ ARCE, T. DIESTRA AREVALO, *op. cit.*, p. 39.

arbitrario, esto a razón que tal principio propiciaba el contacto directo entre el juez y las partes para que a través de las preguntas el magistrado supiera cómo realmente ocurrió el despido, siendo que si se trataba de un despido ilegal lo correcto era otorgar una indemnización.

No obstante, uno de los entrevistados precisó que el principio de oralidad no necesariamente había implicado en todos los casos la obtención de una mejor tutela jurisdiccional efectiva, puesto que había procesos que aún tardaban muchos años. Ello sin dudas coincidió con lo manifestado por los expertos sobre la existencia de deficiencias en la actuación oral de los abogados en los procesos laborales, por ejemplo, cuando no sabían cómo sustentar sus teorías del caso y prueba oralmente, o el nulo interés por capacitarse en técnicas de litigación oral; deficiencias que también se habían visto en algunos jueces porque permitían toda actuación en la audiencia no logrando fijar la controversia, sea por su falta de preparación o conocimiento del derecho procesal laboral oral. Por ello, era importante atender a lo que refería Ramírez-Gastón⁸⁹ cuando señaló que, si bien con el principio de oralidad se había producido un mejor reconocimiento de tutela jurisdiccional efectiva para el trabajador aún existían defectos; sin embargo, el autor también manifestó que tales carencias podían ser subsanadas mediante capacitaciones a los jueces y abogados litigantes⁹⁰.

Con respecto a la guía de análisis documental se encontró, al igual que en las entrevistas, que el principio de oralidad había incidido de forma favorable en los procesos de indemnización por despido arbitrario, como bien expresó Toledo Toribio en su artículo⁹¹ al decir que, el principio de oralidad había sido fundamental en los procesos laborales por permitir que el juez fuera más cercano a las partes procesales y llegar a la verdad material para conocer cómo ocurrieron los hechos y así otorgar tutela jurisdiccional efectiva.

Ello también coincidió con lo esgrimido por Berrocal Durán⁹² cuando en su artículo señaló que en Colombia el principio de oralidad había sido beneficioso puesto que facultaba a los jueces a desarrollar sus actuaciones procesales de forma celeré, desde la presentación de la demanda hasta la emisión de sentencia; que justamente concordó con Marín Boscan⁹³ cuando en su artículo hizo énfasis que la celeridad para obtener justicia era gracias al principio de oralidad que había permitido efectivizar el contenido de la tutela judicial efectiva por la cercanía existente entre las partes y el juez, pero

⁸⁹ G. RAMÍREZ-GASTÓN, *op. cit.*, p. 197.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 200

⁹¹ O. TOLEDO TORIBIO, *op. cit.*, p. 212.

⁹² J.C. BERROCAL DURÁN, *op. cit.*, p. 129.

⁹³ F.J. MARÍN BOSCAN, *op. cit.*, p. 239.

sin dejar de lado que el juez resolvía el conflicto con imparcialidad.

Lo mencionado anteriormente concordó con el antecedente nacional de Acopaico Ramirez y Bravo Díaz⁹⁴, porque ahí se concluyó que el principio de oralidad de la NLPT fue pensado también con la finalidad de que el juez gozara de más protagonismo y así pudiera brindar al trabajador la oportunidad de obtener justicia sin generar dilaciones en el proceso, facilitando que la verdad fuera conocida para expedir una resolución acorde al debido proceso. Ahora, ello se ha visto que podía darse en procesos como el de despido arbitrario donde era necesario, si existió un despido ilegal, otorgar una indemnización.

Lo mencionado anteriormente se relacionó con el antecedente internacional de Rojas Miño⁹⁵, ya que la autora señaló que en Chile la estabilidad laboral del trabajador se protegía con una indemnización por despido arbitrario. Lo cual según la mayoría de los entrevistados se había cumplido en buena cuenta en Perú, pese a que existían algunas deficiencias en relación al empleo del principio de oralidad.

En cuanto al objetivo específico 1 – *Determinar de qué manera la prevalencia de la oralidad en las audiencias incide en la audiencia de conciliación del proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019* – sobre el instrumento guía de entrevista, se apreció que para la mayoría de entrevistados la prevalencia de la oralidad en las audiencias había jugado un rol importante en la audiencia de conciliación, debido a que había implicado la participación activa de los involucrados, permitiéndose que el demandante y demandado, con asesoría de sus abogados, expresaran libre y espontáneamente sus propuestas conciliatorias a fin de solucionar el conflicto. Asimismo, se manifestó la importancia que tenía la participación del juez como tercero mediador aconsejando a las partes para arribar a un acuerdo justo respetando los derechos laborales.

Lo sentado hasta aquí concordó con lo esbozado por Quiroz⁹⁶, cuando la autora refirió que el objetivo de la audiencia de conciliación era solucionar el conflicto con las propuestas conciliatorias de las partes; en donde se enfatizó la importancia del juez como tercero mediador y promotor de la negociación, que en palabras de Serra-Landívar⁹⁷ ello se podía vislumbrar, por ejemplo, cuando el magistrado cuidaba que no se atentara contra el principio de irreunciabilidad de derechos. Por tanto, ello reforzó lo manifestado por los entrevistados sobre la importancia de la oralidad en la audiencia de conciliación para la actuación activa de las partes y el juez.

⁹⁴ G.D. ACOPAICO RAMIREZ, S.E. BRAVO DÍAZ, *op. cit.*

⁹⁵ I. ROJAS MIÑO, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁶ Como se citó en M.S. RODRÍGUEZ CRUZADO, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁷ M.F. SERRA-LANDÍVAR, *op. cit.*, pp. 50-53.

Pese a ello, hubo algunos entrevistados que señalaron que la prevalencia de la oralidad en las audiencias y la audiencia de conciliación no tenían vínculo, porque arribar a un acuerdo conciliatorio dependía únicamente si las partes lo deseaban; sin embargo, y como bien se estableció, cuando las partes estaban dispuestas al diálogo y a manifestar oralmente sus propuestas en la misma audiencia sí se podía lograr un acuerdo que resuelva la controversia. Ahora, uno de los entrevistados asintió que habían ocasiones en que la falta de preparación del juez respecto de los casos hacía que este no otorgara fluidez a la audiencia de conciliación o expresara propuestas de solución, situación que necesitaba ser mejorada porque de acuerdo con Padilla García⁹⁸ para que la conciliación fuera efectiva se requería evaluar el rol del juez quien debía actuar como mediador facilitando que el acuerdo se produzca.

También se pudo encontrar que, la totalidad de entrevistados destacó que para que las partes manifestaran libre y oralmente sus propuestas conciliatorias resultaba beneficioso el no registro en audio y video de la audiencia de conciliación, ya que como se sabía y según Barzola Romero⁹⁹, los actos realizados en la audiencia de conciliación, donde las partes emitían sus propuestas conciliatorias, no se grababan y esto es porque, de acuerdo a los entrevistados, lo primordial en dicha audiencia era que las partes pudieran sincerarse en sus propuestas conciliatorias exponiendo sus intereses y pretensiones; lo cual a su vez les daba seguridad que en caso de no arribar a un acuerdo sus declaraciones no se iban a usar en su contra. Por ello, el no registro de la audiencia era provechoso para que las partes se expresaran libremente, y ello era gracias a la oralidad.

En cuanto a la guía de análisis documental, concordó con lo referido previamente; ya que en su artículo Arese¹⁰⁰ asintió que en Venezuela la oralidad había sido fundamental en la audiencia de conciliación por generar que el proceso fuera más breve, lo que era a raíz de que se podía arribar a un acuerdo en tal etapa sin tener que llegar a una audiencia de juzgamiento; y ello por la participación activa de las partes manifestando oralmente sus propuestas conciliatorias.

Igualmente, se encontró que la importancia de la prevalencia de la oralidad en las audiencias de conciliación se había dado de forma positiva en Colombia, pues según Pauletti y Ramírez Amable¹⁰¹. Labor del magistrado que también destacaron Restrepo Pimienta¹⁰² en su artículo, cuando

⁹⁸ D.K. PADILLA GARCÍA, *op. cit.*, p. 79.

⁹⁹ M.F. BARZOLA ROMERO, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁰ C. ARESE, *op. cit.*, p. 245.

¹⁰¹ PAULETTI, M.V. RAMÍREZ AMABLE, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰² J.L. RESTREPO PIMIENTA, *op. cit.*, p. 180.

indicaron que el juez en la audiencia debía presentar a las partes los beneficios que les traería conciliar para que así ellas a través de una comunicación obtuvieran un acuerdo provechoso, siendo que el juez tenía que expresarles que sus propuestas conciliatorias no implicaban una declaración adelantada que pudiese afectar su posición jurídica en el proceso si no llegaban a conciliar.

Lo relatado hasta aquí sobre el beneficio de la prevalencia de la oralidad en las audiencias, como en el caso de la audiencia de conciliación; y siempre que las partes estuvieran dispuestas a conciliar, fue similar al antecedente internacional de Osorio Ocampo y Sierra Sierra¹⁰³ cuando se precisó que el modelo oral trajo muchos beneficios, dejando ver que el Estado había brindado seguridad a los ciudadanos en materia de justicia; tal como lo describió Mosquera Ambrosi en el antecedente internacional¹⁰⁴, al concluir que la oralidad había asegurado que la sociedad del Ecuador contara con una justicia honesta y clara. Lo cual también se apreció en Perú al posibilitar que las partes solucionaran su conflicto en la audiencia de conciliación manifestando espontáneamente y de forma oral sus propuestas conciliatorias, siempre que ellos lo desearan. Sin embargo, se pudo ver que era necesario que los jueces contribuyeran a lograr una solución con la proposición de fórmulas conciliatorias y dando fluidez a la audiencia.

Sobre el objetivo específico 2 – *Determinar de qué manera la prevalencia de la expresión hablada en los trámites incide en la audiencia de juzgamiento del proceso de indemnización por despido arbitrario en empresas privadas, San Isidro, 2019* – de acuerdo a la guía de entrevista, se vio que la mayoría de los entrevistados concordaron que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites de la audiencia de juzgamiento se materializaba de forma óptima, porque las partes al oralizar sus teorías del caso permitían que el juez tuviera un buen entendimiento de lo que era materia de litigio, siendo que de existir alguna duda sobre los hechos el magistrado podía preguntar activamente a los involucrados para que aquellos efectuaran sus aclaraciones; lo que se vinculó con lo precisado por Montero Toquero¹⁰⁵ al decir que una de las finalidades de la oralidad era que las partes clarificaran el contenido de sus pretensiones.

Lo descrito en el párrafo anterior coincidió con lo hallado en la Casación Laboral n. 13634-2015, donde se refirió que con el objetivo que el proceso fuera célere y dinámico se posibilitaba la intervención constante del magistrado y las partes; y que los trámites, como la actuación probatoria,

¹⁰³ O.A. OSORIO OCAMPO, L.A. SIERRA SIERRA, *op. cit.*

¹⁰⁴ M.E. MOSQUERA AMBROSI, *op. cit.*

¹⁰⁵ M. MONTERO TOQUERO, *op. cit.*, p. 15.

tenían que darse dentro de las audiencias y de forma oral con presencia del juez¹⁰⁶, para que aquel entendiera los hechos controvertidos y pueda emitir una decisión conforme a derecho.

Ahora, la mayoría de entrevistados también señaló que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites se daba correctamente al momento de actuar los medios probatorios, porque mediante la expresión hablada las partes respaldaban sus teorías del caso con sus pruebas convenciendo al juez de si se estaba o no ante un despido arbitrario. Ello también para alcanzar lo que precisaba Bazán Cruz¹⁰⁷ sobre que lo primordial en la audiencia de juzgamiento era que los principios de oralidad e intermediación se materializaran, permitiendo que los litigantes demostraran sus habilidades de litigio oral.

Sin embargo, algunos expertos mencionaron que por más que en la NLPT se haya establecido un proceso laboral con preminencia de lo oral y prevalencia de la expresión hablada en los trámites, esto no siempre ayudaba a que el juez entendiera bien el conflicto ya que dependía de la preparación del abogado para explicar su teoría oralmente y de la aptitud del juez para dirigir el proceso, que en ocasiones podía ser deficiente. Entonces, como bien afirmaba Arévalo Vela¹⁰⁸ lo imperioso era contar además con técnicas de litigación oral para que verdaderamente se estuviera hablando de un proceso laboral oral, pues disponer solo de la oralidad no bastaba.

De la misma forma, algunos entrevistados refirieron que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites no siempre era efectiva en la etapa de actuación probatoria, porque en ocasiones el juez no permitía actuar de forma correcta la prueba documental o los abogados y el magistrado no desempeñaban adecuadamente el interrogatorio, lo cual debía mejorarse ya que según Jara Sánchez¹⁰⁹ la etapa de actuación probatoria era la más importante, debido a que se actuaba y sometía al contradictorio las pruebas con las que cada sujeto procesal sustentaba sus pretensiones.

En cuanto a cómo el juez empleaba la prevalencia de la expresión hablada en los trámites al expedir sentencia, existieron respuestas divergentes, algunos entrevistados declararon que el magistrado empleaba de forma adecuada la prevalencia de la expresión hablada al momento de emitir la sentencia porque al expedir su decisión en la misma audiencia lo hacía de forma clara y precisa acercando la justicia a las partes. Empero, otra parte de los entrevistados refirió que ello no era así a razón que a veces el juez permitía toda actuación dilatoria, denotando un inadecuado manejo del

¹⁰⁶ *Vid.* M.F. BARZOLA ROMERO, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁷ A.P. BAZÁN CRUZ, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹⁰⁸ J. ARÉVALO VELA, *Los principios del proceso laboral*, p. 258.

¹⁰⁹ L.C. JARA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 89.

proceso que imposibilitaba emitir un fallo final en la misma audiencia. Sobre la guía de análisis documental, en su ponencia Corpus Vanegas¹¹⁰ manifestó que, en Colombia pese a que existían algunos inconvenientes con el material probatorio el juez siempre tenía la potestad de calificar y actuar las pruebas de forma oral para solucionar el conflicto jurídico, siendo coincidente con lo relatado por Vinatea Recoba y Soltau Salazar¹¹¹ en su artículo donde se resaltó que a fin de resolver la controversia jurídica el juez tenía la opción de citar a un testigo para efectuar las preguntas oralmente. Esto reforzó lo mencionado por la mayoría de expertos entrevistados respecto a que generalmente la prevalencia de la expresión hablada se daba de forma eficiente en la etapa de actuación probatoria. Y sobre ello, con el artículo de Reynoso Castillo¹¹² se vio que la facilidad para participar oralmente en la etapa de actuación probatoria también la tenían las partes, con motivo que al sustentar oralmente su material probatorio contaban con la posibilidad de respaldar sus posiciones jurídicas, materializándose así la prevalencia de la expresión hablada en los trámites.

No obstante, y como ya se mencionó, determinados entrevistados manifestaron que no siempre era correcto el uso de la expresión hablada en los trámites tanto cuando las partes expresaban sus posiciones jurídicas como cuando actuaban las pruebas, problemática sobre el manejo de la oralidad que también se encontró por parte de los jueces al dirigir el proceso, ya que en ocasiones permitían toda actuación dilatoria en la audiencia de juzgamiento; dificultando la emisión de sentencia en el plazo correspondiente. Por ello, Sánchez Tuñoque¹¹³ mencionó que la litigación oral era necesaria pero de forma adecuada, para así generar y obtener pronunciamientos fiables.

En cuanto a los antecedentes, en el artículo internacional de Restrepo Pimienta y Botero Cotes¹¹⁴ se halló que la prevalencia de la expresión hablada en los trámites había incidido favorablemente en la audiencia de juzgamiento del proceso de indemnización por despido arbitrario, por cuanto los autores declararon que el principio de oralidad permitía la inmediación entre el juez y los demás sujetos procesales, captándose si lo manifestado por las partes era verdad o no para hacer la decisión del conflicto más sencilla. Aunque, como se vio, algunos entrevistados alegaron que existían defectos al momento de que los operadores jurídicos se valían de la prevalencia de la expresión hablada en los trámites, lo cual fue

¹¹⁰ J.S. CORPUS VANEGAS, *op. cit.*, p. 766.

¹¹¹ L. VINATEA RECOBA, S. SOLTAU SALAZAR, *op. cit.*, p. 397.

¹¹² C. REYNOSO CASTILLO, *op. cit.*, p. 120.

¹¹³ F.E. SANCHEZ TUÑOQUE, *op. cit.*

¹¹⁴ J.L. RESTREPO PIMIENTA, J.G. BOTERO COTES, *op. cit.*

contrastado con la investigación de Chávez Cornejo¹¹⁵, donde se señaló que al haberse establecido un nuevo esquema de litigio y de mecanismos era necesario que los operadores del derecho cambiaran sus perspectivas y que se brindaran capacitaciones.

6. Conclusiones

Primera conclusión: se concluyó que, el principio de oralidad ha incidido favorablemente en los procesos de indemnización por despido arbitrario porque la oralidad ha permitido que las partes sustenten sus teorías del caso y pruebas oralmente haciendo que el magistrado conozca cómo se produjo el despido para así emitir una sentencia conforme a derecho y en un plazo razonable, garantizándose el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. No obstante, existen defectos cuando los abogados se valen del principio de oralidad; debido a falta de técnicas de litigación oral al sustentar sus teorías del caso y pruebas, deficiencias que también poseen los jueces cuando en ocasiones no tienen un adecuado conocimiento de la controversia o del derecho procesal laboral oral, que hace que no dirijan de forma correcta el proceso.

Segunda conclusión: se concluyó que, la prevalencia de la oralidad en las audiencias ha incidido favorablemente en la audiencia de conciliación del proceso de indemnización por despido arbitrario; porque a través de la prevalencia de la oralidad en las audiencias se ha posibilitado que las partes expresen libre y espontáneamente sus propuestas conciliatorias para solucionar la controversia. Siendo también esencial la participación del juez como mediador para acercar a las partes manifestándoles los beneficios de la conciliación, así como para proponer fórmulas conciliatorias. Sin embargo, en algunos casos, la falta de fluidez que el magistrado otorga a la audiencia de conciliación o su escasa participación proponiendo fórmulas conciliatorias no contribuyen para persuadir a que las partes concilien y, por ende, solucionen su conflicto de forma más célere.

Tercera conclusión: se concluyó que, la prevalencia de la expresión hablada en los trámites ha incidido favorablemente en la audiencia de juzgamiento del proceso de indemnización por despido arbitrario porque cuando las partes oralizan sus teorías del caso y medios probatorios permiten que el juez entienda si está ante un despido arbitrario o no para así emitir una sentencia adecuada; y cuando el juez emite el fallo en audiencia es de forma clara acercando la justicia a las partes. No obstante, se encontró que en

¹¹⁵ M.M. CHÁVEZ CORNEJO, *op. cit.*

ocasiones el magistrado no permite la correcta actuación de pruebas documentales o los operadores del derecho no se desempeñan adecuadamente en el interrogatorio, o el magistrado consiente permisivamente toda actuación en la audiencia; dificultándose la emisión de un fallo final en la audiencia de juzgamiento por la gran cantidad de información.

7. Recomendaciones

Primera recomendación: se recomienda a los operadores del derecho a colocar mayor interés en mejorar sus técnicas de litigación oral en los procesos laborales, como el de indemnización por despido arbitrario, con la meta de que el sustento oral de sus teorías del caso y pruebas sea adecuado para acreditar si se está o no ante un supuesto de despido arbitrario y, por ende, solucionar la controversia jurídica en un plazo razonable garantizando el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva. Ahora, dicho interés en mejorar su participación oral dentro de los procesos laborales debe ser observado también por quien los dirige, con motivo de que sepa cómo realmente se produjeron los hechos materia del despido y emita una sentencia conforme a derecho.

Segunda recomendación: se recomienda a los magistrados a participar de forma más activa en la audiencia de conciliación, a fin de proponer oralmente a las partes fórmulas conciliatorias y dar mayor fluidez a dicha audiencia, para que tanto la parte demandante como demandada, si así lo desean, solucionen a través del diálogo su conflicto de forma más célere y así concretar la prevalencia de la oralidad en la audiencia de conciliación.

Tercera recomendación: se recomienda a los operadores del derecho a colocar mayor interés en mejorar la forma en cómo se desempeñan oralmente en la etapa de actuación probatoria, tanto en la actuación de pruebas escritas como testimoniales; así como también evitar que a lo largo de la audiencia de juzgamiento se realicen actuaciones dilatorias con el objetivo de no dificultar la emisión de un fallo final dentro del plazo correspondiente, lo cual posibilitará la materialización adecuada de la prevalencia de la expresión hablada en los trámites que los sujetos procesales realizan en la audiencia de juzgamiento.

8. Bibliografía

ABANTO VÉLEZ W.I, *Diseño y desarrollo del proyecto de investigación*, Universidad César Vallejo, 2013

ACOPAICO RAMIREZ G.D., BRAVO DÍAZ S.E., [La oralidad en el marco de la nueva ley procesal de trabajo 29497 – análisis y perspectivas en los juzgados laborales de Chiclayo-Lambayeque-2012-2013](#), Tesis de Pregrado, Universidad Señor de Sipán, 2014

ADAMS Z., BISHOP L., DEAKIN S., FENWICK C., MARTINSSON GARZELLI S., RUSCONI G., *La importancia económica de la legislación de protección del empleo y sobre modalidades diferentes de empleo en 117 países, 1990-2013*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2019, n. 1, pp. 1-37

AMODIO M., BRASCHI M.E., [La oralidad en el proceso laboral como garantía de los derechos fundamentales](#), ponencia en el I Congreso Internacional de Derecho Procesal Laboral en la República Argentina, *Necesidad de la reforma del proceso laboral. Tendencia a la oralidad*, San Luis, 11-12 setiembre 2014

ARANDA CASTILLO M.A., [La estabilidad laboral frente al despido por pérdida de confianza del trabajador que ingresó directamente al cargo](#), Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2019

ARESE C., [El acceso a tutela judicial efectiva laboral](#), en [Revista Latinoamericana de Derecho Social, 2015, n. 21](#), pp. 237-256

ARÉVALO VELA J., [Los principios del proceso laboral](#), en [Lex, 2018, n. 22](#), pp. 255-269

ARÉVALO VELA J., *Tratado de derecho laboral*, Instituto Pacífico, 2016

BANSAL P., SMITH W.K., VAARA E., *New Ways of Seeing through Qualitative Research*, en *Academy of Management Journal*, 2018, vol. 61, n. 4, pp. 1189-1195

BARRETO LÓPEZ O., [La desnaturalización del principio de oralidad en el procedimiento laboral: una reflexión en torno a la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia](#), Universidad Católica de Colombia, 2016

BARZOLA ROMERO M.F., *Principios operacionales en la Nueva Ley Procesal de Trabajo*, en AA.VV., *Nuevas instituciones del proceso laboral*, Gaceta Jurídica, 2014

BAZÁN CRUZ A.P., [Consecuencias jurídicas que generan en el demandado la variación de la pretensión en la audiencia de juzgamiento laboral](#), Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Cajamarca, 2017

BEDREGAL P., BESOAIN C., REINOSO A., ZUBAREW T., [La investigación cualitativa: un aporte para mejorar los servicios de salud](#), en *Revista Médica de Chile*, 2017, n. 3, pp. 373-379

BERROCAL DURÁN J.C., [Igualdad material de las partes en el proceso laboral: audiencias, conciliación y primera de trámite](#), en [Justicia, 2016, n. 30](#), pp. 122-131

- CAPOGROSSI L., [*“La época de los esclavos se acabó”: género y condiciones de trabajo en las empresas de limpieza en Argentina*](#), en [*Íconos*](#), 2020, n. 66, pp. 173-190
- CARLIN A.P., KIM Y.H., *Teaching Qualitative Research: Version of Grounded Theory*, en [*Grounded Theory Review*](#), 2019, vol. 18, n. 1, pp. 29-43
- CARRUTERO LECCA F.R., *Introducción a la metodología de la investigación jurídica*, San Bernardo Libros Jurídicos, 2014
- CATACORA SANTISTEBAN P.A., [*El Despido Incausado y Fraudulento Laboral*](#), en [*Gestión en el Tercer Milenio*](#), 2016, n. 38, pp. 77-84
- CHÁVEZ CORNEJO M.M., [*Evaluación de la implementación del nuevo proceso laboral oral en la Corte de Justicia de Lima \(2012-2014\). Algunas propuestas de mejora*](#), Tesis de Maestría, Universidad de San Martín de Porres, 2017
- CORPUS VANEGAS J.S., [*El juez modelo para la oralidad laboral*](#), en AA.VV., [*XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal – Memorias*](#), Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2013
- DEVI R.U., *Legal Compliances in the Termination of Employees: An Indian Perspective*, en [*CLEAR*](#), 2019, vol. 10, n. 6, pp. 12-20
- DÍAZ ARCE N.F., DIESTRA AREVALO T., [*El nivel de eficacia de la audiencia de conciliación y el de la audiencia única en el proceso laboral*](#), Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2017
- FRANCO GARCÍA D.K., [*Protección contra el despido arbitrario de trabajadores contratados a tiempo parcial en el Perú*](#), en [*Revista de Derecho*](#), 2019, n. 52, pp. 70-87
- GÓMEZ ROJAS T., *La estabilidad laboral de los trabajadores de confianza del régimen privado en la jurisprudencia nacional*, Tesis de Pregrado, Universidad César Vallejo, 2018
- GONZÁLEZ BIEDMA E., [*“Buenas prácticas” y crisis de los principios del proceso laboral*](#), en M.D. RAMÍREZ BENDALA (dir.), [*Buenas practicas jurídico-procesales para reducir el gasto social \(III\)*](#), Laborum, 2015
- HALIDU F., [*Echoes of Colonialism: Implications of Wrongful Dismissal Judgments in Nigeria and Canada*](#), Thesis for the Degree of Master, University of Northern British Columbia, 2016
- HERNÁNDEZ CARRERA R.M., [*La investigación cualitativa a través de entrevistas: su análisis mediante la teoría fundamentada*](#), en [*Cuestiones Pedagógicas*](#), 2014, n. 23, pp. 187-210
- JARA SÁNCHEZ L.C., *El ejercicio del deber de dirección del órgano jurisdiccional en la etapa de actuación probatoria*, en [*Revista Especializada Nueva Ley Procesal de Trabajo*](#), 2019, n. 1, pp. 89-96
- KUCKARTZ U., [*Qualitative Content Analysis: From Kracauer’s Beginnings to Today’s Challenges*](#), en [*Forum: Qualitative Social Research*](#), 2019, vol. 20, n. 3, pp. 1-19

- LUCERO PILAMUNGA M.M., *El despido ineficaz en el Derecho Laboral Ecuatoriano*, Tesis de Pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2017
- MARÍN BOSCAN F.J., *Oralidad y Tutela Judicial Efectiva de los sujetos en el trabajo en Venezuela*, en *Frónesis*, 2017, n. 2, pp. 234-257
- MAYOR SÁNCHEZ J.L., *Nuevas alternativas para superar la actual tendencia de restringir el litisconsorcio facultativo dentro de los procesos regulados por el artículo 18 de la Ley Procesal del Trabajo N° 29497*, en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2014, n. 1, pp. 149-167
- MEZA YANCES L., *Favorabilidad en el derecho procesal del trabajo: aplicación estricta o ilimitada*, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 2017, n. 2, pp. 197-221
- MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *Beneficios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*, 2010
- MONTERO TOQUERO M., *Los principios inspiradores del proceso laboral*, Tesis de Pregrado, Universidad de Valladolid, 2015
- MOSQUERA AMBROSI M.E., *La oralidad en el Código Orgánico General de Procesos: un cambio de paradigma*, Tesis de Pregrado, Universidad de Cuenca, 2016
- NARBAIZA CHANDUCAS K.J., *El juzgamiento anticipado como medio para fortalecer la conciliación en el proceso laboral oral*, Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2019
- NDOBELA R.K., ODEKU K.O., *Revisiting The Remedies Of Unfair Dismissal At The Workplace*, en *Journal of Sociology and Social Anthropology*, 2015, vol. 6, n. 4, pp. 517-524
- NEVES MUJICA J., *El despido en la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral*, en *Themis – Revista de Derecho*, 2015, n. 67, pp. 227-232
- NIGAR N., *Hermeneutic Phenomenological Narrative Enquiry: A Qualitative Study Design*, in *Theory & Practice in Language Studies*, 2020, vol. 10, n. 1, pp. 10-18
- OSORIO OCAMPO O.A., SIERRA SIERRA L.A., *Ventajas y desventajas de la oralidad en la justicia Colombiana. Caso Manizales*, Tesis de Pregrado, Universidad de Manizales, 2015
- PADILLA GARCÍA D.K., *La Resolución de conflictos laborales y la conciliación judicial en la nueva ley procesal de trabajo, análisis de la perspectiva de la ciudad de Chiclayo*, Tesis de Pregrado, Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, 2018
- PALOMO VÉLEZ D., *Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusas*, en *Ius et Praxis*, 2014, n. 1, pp. 377-396

- PAREDES LOZADA L.A., [*La reposición laboral en vía ordinaria: cambios competenciales en la nueva ley procesal del trabajo*](#), Tesis de Maestría, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, 2018
- PAULETTI A.C., RAMÍREZ AMABLE M.V., *La prueba en el proceso por audiencias*, en *Revista de Derecho Procesal*, 2018, n. 1, pp. 1-27
- PÉREZ-LUCO ARENAS R., LAGOS GUTIÉRREZ L., MARDONES BARRERA R., SÁEZ ARDURA F., *Taxonomía de diseños y muestreo en investigación cualitativa. Un intento de síntesis entre las aproximaciones teórica y emergente*, en *Ámbitos*, 2018, n. 39, pp. 1-18
- PUNTRIANO ROSAS C., [*Propuestas para la mayor eficacia de los fallos: sentencias laborales*](#), en [*elperuano.pe/suplemento/jurídica*](#), 11 setiembre 2018
- RAMÍREZ-GASTÓN G., [*La Ley 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo: a propósito de la oralidad y la celeridad*](#), en *Ius et Praxis – Revista de la Facultad de Derecho*, 2013, n. 44, pp. 195-231
- RESTREPO PIMIENTA J.L., [*Procedimiento ordinario laboral en Colombia y Venezuela: Análisis comparativo*](#), en *Advocatus*, 2015, n. 24, pp. 173-186
- RESTREPO PIMIENTA J.L., BOTERO COTES J.G., [*El principio de oralidad en los procesos laborales colombo-venezolano en relación con la humanización y el derecho a la tutela judicial efectiva*](#), en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, 2018, n. 129, pp. 613-626
- REYNOSO CASTILLO C., [*Hacia una nueva justicia laboral en México*](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, n. 3, pp. 99-125
- RIVERA MEDINA R.C., [*Influencia de la decisión de los jueces laborales orales de la prueba de oficio, de medios de prueba extemporáneos rechazados, en el derecho al debido proceso*](#), Tesis de Pregrado, Universidad Privada del Norte, 2016
- RODRÍGUEZ ACOSTA J.C., [*El diseño concentrado de la actividad probatoria y la suspensión de la audiencia para requerir la remisión de documentos a terceros*](#), Tesis de Pregrado, Universidad Señor de Sipán, 2017
- RODRÍGUEZ CRUZADO M.S., [*La audiencia de conciliación en el proceso ordinario laboral y la posible afectación del derecho al plazo razonable y la irrenunciabilidad de derechos*](#), Tesis de Pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2018
- ROJAS CAIRAMPOMA M., [*Tipos de Investigación Científica: Una simplificación de la complicada incoherente nomenclatura y clasificación*](#), en *Revista Veterinaria Argentina*, 2015, n. 1, pp. 1-14
- ROJAS MIÑO I., [*La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido*](#), en *Ius et Praxis*, 2014, n. 1, pp. 91-122

ROJAS RUIZ L., [La oralidad como herramienta de eficiencia en la audiencia de juzgamiento del nuevo proceso laboral peruano](#), Tesis de Pregrado, Universidad Nacional de Trujillo, 2015

SACO BARRIOS R.G., [El proceso laboral de ejecución de sentencias en el Perú](#), en *Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho 3ª Região*, 2016, n. 94, pp. 29-61

SÁNCHEZ TUÑOQUE F.E., *Los principios del proceso laboral peruano: Un análisis desde la perspectiva de las políticas públicas, a más de ocho años de entrada en vigencia de la Ley N° 29497*, en *Revista Especializada Nueva Ley Procesal de Trabajo*, 2019, n. 1, pp. 60-79

SCHETTINI P., CORTAZZO I., [Análisis cualitativo de datos cualitativos en la investigación social. Procedimientos y herramientas para la interpretación de información cualitativa](#), Editorial de la Universidad de la Plata, 2015

SERRA-LANDÍVAR M.F., [La oralidad como principio fundamental para la flexibilización de la congruencia causal de la pretensión de despido nulo dentro del nuevo proceso ordinario laboral](#), Tesis de Pregrado, Universidad de Piura, 2016

SIERRA HERRERO A., [Indemnizaciones convencionales por término de contrato de trabajo. Problemas suscitados a raíz del tope de la UF 90](#), en *Ius et Praxis*, 2018, n. 2, pp. 21-50

SILVA IRARRÁZAVAL L.A., [El caso del despido indirecto y la suspensión del plazo: ¿Interpretación o creación judicial del derecho?](#), en *Ius et Praxis*, 2019, n. 2, pp. 433-458

TOLEDO TORIBIO O., [Como acercar el proceso contencioso administrativo laboral a los fundamentos de la nueva ley procesal del trabajo](#), en *Unisul de Fato e de Direito*, 2018, n. 17, pp. 193 -217

VARGAS BOLUARTE S., *Los despidos arbitrarios en la reposición del trabajador en el distrito judicial de Lima – 2017*, Tesis de Pregrado, Universidad César Vallejo, 2017

VELÁSQUEZ CANO R.M., [Postulación del Nuevo Proceso Laboral: la demanda](#), en *IPEF*, 2017, n. 76, pp. 9-23

VILLAVICENCIO RÍOS A., [El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado](#), en *Derecho PUCP*, 2013, n. 71, pp. 309-339

VINATEA RECOBA L., [Los alegatos en el nuevo proceso laboral](#), en *Thémis*, 2014, n. 65, pp. 123-132

VINATEA RECOBA L., SOLTAU SALAZAR S., [La asistencia de los testigos adversos a la audiencia de juzgamiento: hacia una interpretación razonada del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo](#), en *Ius et Veritas*, 2013, n. 46, pp. 390-399

Normativa

Constitución Política del Perú, de 29 de diciembre de 1993

Decreto Supremo 003-97-TR, de 27 de marzo de 1997, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral
Ley 29497, de 15 de enero de 2010, Nueva Ley Procesal del Trabajo

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República 25 de mayo de 2017, [Casación Laboral n. 13634-2015](#)

La nueva regulación del teletrabajo en México

Carlos REYNOSO CASTILLO*

RESUMEN: El presente trabajo analiza las características jurídicas del teletrabajo en México. Se revisan los antecedentes del tema, las adiciones a la Ley Federal del Trabajo, así como los conceptos y las formalidades que deben tener los contratos de trabajo en este tema. Así mismo, se explican las nuevas obligaciones y derechos que tendrán los trabajadores y los patrones en el teletrabajo, además de las dificultades y retos para la aplicación de las nuevas reglas.

Palabras clave: Teletrabajo, trabajo y nuevas tecnologías, trabajo a distancia, trabajo a domicilio.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los conceptos. 3. Las formalidades. 3.1. En la contratación individual. 3.2. En la contratación colectiva. 4. Obligaciones especiales de las partes. 4.1. Obligaciones de los patrones. 4.2. Obligaciones de los trabajadores. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Autónoma Metropolitana (México); Asesor en materia laboral.

The New Telework Regulation in Mexico

ABSTRACT: This work analyzes the legal aspects of telework in Mexico. The backgrounds of the subject are reviewed along with the Federal Labour Law additions, the main concepts, and the legal formalities that labour contracts must include regarding telework. Furthermore, the obligations and rights acquired by both employees and employers under this framework are explained, as well as the difficulties and challenges for the application of the new rules.

Key Words: Telework, work and new technologies, remote work, home office.

1. Introducción

Desde siempre la dinámica de las relaciones laborales ha sido muy amplia, lo que se ha traducido muchas veces en la aparición constante de nuevas maneras de prestar el trabajo, así como nuevas maneras de relacionarse entre los actores de las mismas. Los cambios en la sociedad, la política, la economía y ahora los aspectos sanitarios también han sido factores que han contribuido a la reciente diversificación de las formas en que se presenta el trabajo en la actualidad. Por otra parte, también desde siempre el Derecho del trabajo ha ido a la búsqueda de esas nuevas realidades para plasmarlas en sus normas y darles así un marco jurídico que permita ordenarlas señalando quienes tienen que derechos y quienes tienen que obligaciones. Este dinamismo ha tenido un impulso vigoroso en fechas recientes en que el mundo se vio obligado, por cuestiones de salud, a cerrar los centros de trabajo y a buscar formas creativas y novedosas para cumplir con las relaciones laborales, a pesar de que desde mediados del siglo pasado ya había manifestaciones del trabajo a distancia¹; en ese contexto las nuevas tecnologías vendrían a convertirse en un elemento determinante e indispensable en la conformación de las nuevas relaciones laborales; si bien el uso de esas herramientas ya venían imponiéndose de manera creciente en el mundo del trabajo², lo cierto es que la pandemia que invadió el mundo en el año 2020 obligó de manera abrupta a que muchos trabajos tuvieran que realizarse a la distancia de los espacios físicos en los que normalmente se venía trabajando. Cabe anotar que desde hace algunos años muchos países han incorporado a sus políticas públicas la intención de extender el uso de las nuevas tecnologías a un cada vez más amplio sector de su población y de su territorio.

Y es en ese contexto en el cual países como México decidieron adoptar un marco jurídico para el teletrabajo, incorporando a la Ley Federal del Trabajo (en lo sucesivo Ley o LFT) en un capítulo de los trabajos especiales, un conjunto de disposiciones por medio de las cuales se busca dotar a esa nueva manera de prestar un trabajo de reglas claras que permitan tener claridad de cómo deben llevarse a cabo³.

¹ R. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *El teletrabajo como tendencia del mercado laboral*, en *Retos*, 2012, n. 4, p. 145.

² Hay que recordar, por ejemplo, como desde hace algunos años se viene hablando de la industria 4.0 en donde las nuevas maneras de organizar los procesos productivos se distinguen por un uso intensivo de las nuevas tecnologías. Cfr. J. RASO DELGUE, *América Latina: el impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales*, en *esta Revista*, 2018, n. 1, p. 13.

³ [Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del](#)

Cabe recordar que la intención de regular el teletrabajo en México no es nueva, ya que en los últimos años, por ejemplo, se reformó la Ley en el año 2012 en el capítulo relativo al trabajo a domicilio en el cual se adicionó, de manera poco conveniente, al texto del art. 311 que «Será considerado como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación», pero también se ocupó del este tema la norma mexicana en igualdad y no discriminación de 2015 con la cual se busca, mediante una certificación voluntaria, que los centros de trabajo cuenten con prácticas en materia de igualdad laboral y no discriminación⁴ y donde el teletrabajo puede apoyar tales objetivos; de igual manera cabe recordar que se han presentado diversas iniciativas de ley en la Cámara de Diputados en los últimos años sobre este tema⁵.

En diversas ocasiones se ha señalado que en cualquier intento de reglamentación del teletrabajo debían de cuidarse, como es lógico en la legislación laboral, los derechos de los trabajadores involucrados, es por esto que hoy se señala que la regulación del teletrabajo no debe servir de pretexto para el deterioro de las condiciones de trabajo de los trabajadores que participen en él; de esta manera, la nueva regulación del tema en México exhorta a los patrones para que, en este caso, promuevan un adecuado equilibrio de la relación laboral, y logren un trabajo decente y digno con igualdad de trato respecto de aquellos que realizan un trabajo presencial, aparte de que deberá considerar una perspectiva de género en la organización del trabajo que permita conciliar la vida personal con las obligaciones laborales⁶.

Teniendo como referencia estas ideas iniciales, en el presente trabajo considerado como una primera aproximación al tema, se analizan las características, alcances e implicaciones que tiene el nuevo marco jurídico del teletrabajo en México, tratando de ubicarlo en un contexto más amplio como un fenómeno internacional, destacando los problemas de diferente orden que plantea su puesta en práctica.

[Trabajo, en materia de Teletrabajo](#), en DOF, 11 enero 2021.

⁴ Se trata de la norma [NMX-R-025-SCFI-2015](#).

⁵ C. GAMBOA MONTEJANO, *Teletrabajo*, Cámara de Diputados, 2017, p. 14.

⁶ Con esta misma justificación, en los últimos años se han realizado esfuerzos encaminados a identificar las “buenas prácticas” en materia de teletrabajo, buscando un amplio respeto de los derechos de los trabajadores en estos nuevos ambientes de trabajo; *vid.* OIT, [Manual de buenas prácticas en el teletrabajo](#), Buenos Aires, 2011.

2. Los conceptos

En materia de conceptos la legislación mexicana optó por definir al teletrabajo a partir de identificarlo con ciertas características o elementos que los distinguen, a saber: como una de las maneras en que se presenta la organización del trabajo, que se caracteriza por el desempeño de actividades remuneradas, aunque en un lugar distinto de aquél en que se encuentra el establecimiento del patrón, además que no requiere la presencia física del trabajador en el centro de trabajo, y en donde el uso de las tecnologías de la información y la comunicación son primordiales, lo que permitiría “el contacto y el mando” entre, en este caso el trabajador y el patrón. Se trata de un concepto que sigue de cerca legislaciones como la colombiana (Ley 1221/2008, así como el Decreto 884/2012)⁷.

En el caso de México, como puede advertirse, si bien la idea sobre lo que todo mundo entendería que es el trabajo está, de una manera presente en el concepto de la nueva legislación, se trata de un concepto cuya técnica legislativa pudiera derivar en dudas y confusiones sobre lo que realmente se está regulando, por ejemplo señalar que el teletrabajo es una forma de “organización laboral subordinada”, distrae la atención sobre lo que son las personas que participan en una relación laboral y de manera concreta en que las mismas se organizan en el centro de trabajo, ya que lo que desde siempre ha caracterizado las relaciones laborales reguladas por el Derecho del trabajo es la subordinación que se da entre un trabajador frente al patrón en el desarrollo del trabajo, y no es una “organización laboral” la que estaría subordinada; así mismo el señalar que el teletrabajo consiste en “actividades remuneradas”, tiene la virtud de evocar la idea de que quien realice esta labor se le está pagando, tiene el problema de considerar de para que exista un teletrabajo se debe de estar remunerando a una persona, lo cual desde muchas décadas el Derecho del trabajo si bien consideró que el salario puede ser visto como un elemento de la relación de trabajo, el mismo no es determinante de la existencia de ésta; así mismo, denominar “remuneración” al pago que por Ley se debe denominar “salario”, solo

⁷ En algunos análisis el tema del lugar donde se presta el teletrabajo es un elemento distintivo del concepto, y se habla por ejemplo de teletrabajo fijo, cuando se realiza en un lugar determinado y del teletrabajo móvil, cuando se realiza en diferentes lugares; *vid.* ACADEMIA INTERNACIONAL DE TELETRABAJO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Primer Informe. Estado del Teletrabajo en América Latina y el Caribe*, 2017, p. 8. De igual manera algunos expertos dan cuenta de los esfuerzos para establecer una tipología del teletrabajo en atención a las diferentes modalidades en que éste puede presentarse, y en ese sentido, hablar de teletrabajo realizado en casa, teletrabajo en un telecentro, teletrabajo móvil o nómada, trabajo en sede remota, etc.: *vid.* A.M.C. VALENCIA CATUNTA, *Aspectos regulatorios del teletrabajo en el Perú: análisis y perspectivas*, en *Revista IUS*, 2018, n. 41, p. 209.

incorpora un elemento de duda si está o no en el terreno laboral o en otro tipo de relación jurídica externa a éste.

Por otra parte la legislación mexicana señala que el teletrabajo es una modalidad donde se utilizan “primordialmente” tecnologías de la información y comunicación, y en efecto uno de los rasgos distintivos de estas nuevas maneras de trabajar son precisamente el uso de estas nuevas tecnologías, sin embargo, hablar de un uso “primordial” tiene el problema de la ambigüedad e indefinición cualitativa y cuantitativa del término al momento de saber si estamos o no en presencia de un teletrabajador, así mismo el uso “primordial” de este tipo de tecnología no necesariamente es un rasgo que distinga y caracterice a un teletrabajador ya que en muchos centros de trabajo podemos encontrar personas que llevan a cabo sus labores con el uso “primordial” de nuevas tecnologías aunque físicamente y cotidianamente están en un centro de trabajo en donde se encuentra el patrón.

Finalmente, el concepto de teletrabajo se refiere a las nuevas tecnologías como elementos que permitirían el “contacto y mando” entre las partes de la relación laboral y que en términos de la legislación laboral serían las manifestaciones tangibles de la tradicional subordinación del trabajador frente al patrón que, en estos casos, se presenta de una manera singular y diferente a la tradicional. Dada la relevancia del tema, el legislador mexicano consideró importante incluir en la Ley una definición de “tecnologías de la información” en los siguientes términos: «Para efectos de la modalidad de teletrabajo, se entenderá por tecnologías de la información y la comunicación, al conjunto de servicios, infraestructura, redes, software, aplicaciones informáticas y dispositivos que tienen como propósito facilitar las tareas y funciones en los centros de trabajo, así como las que se necesitan para la gestión y transformación de la información, en particular los componentes tecnológicos que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información». En el caso de Costa Rica la legislación habla de “medios telemáticos” (Decreto 39225).

Por otra parte, el legislador mexicano considero conveniente referirse a un teletrabajador como la “persona trabajadora” que presta sus servicios personales, remunerado y subordinado en lugar distinto a las instalaciones de la empresa y use tecnologías de la información y comunicación; en este caso una vez más el uso de expresiones con un significado jurídico poco claro o desconocidas por la legislación laboral como el de “persona trabajadora” dejan amplios espacios para la especulación. De igual manera definir a un trabajador en estas circunstancias con dos rasgos como son el uso de tecnologías y laborar en un lugar distinto a las instalaciones de una empresa solamente, son rasgos no exclusivos de los teletrabajadores que se

pueden identificar en una gran variedad de trabajadores que reúnen esos dos rasgos (repartidores, mensajeros, etc.).

Un rasgo interesante de este nuevo marco jurídico, es el que se refiere al campo de aplicación señalado en la Ley, ya que se consideró importante incorporar un elemento cuantitativo en términos de considerar como teletrabajo solo aquellos casos en los cuales se lleve a cabo más del 40% en el domicilio del trabajador o en el lugar que éste haya elegido, y tampoco se considerara teletrabajo cuando se realice de manera ocasional o esporádica⁸. En el primer caso, señalar un porcentaje puede presentar el inconveniente práctico de poderlo medir con tal precisión; así mismo, la exclusión de lo ocasional o esporádico del trabajo no siempre aparece con claridad en los centros de trabajo, sobre todo en circunstancias como las que se viene presentando a partir de la pandemia en el 2020 en donde lo que parecía en un inicio como una situación temporal se ha convertido un parte de la nueva normalidad en muchos centros de trabajo.

3. Las formalidades

3.1. En la contratación individual

El teletrabajo, dice la Ley, debe constar por escrito en un contrato en el cual se estipulen los puntos y aspectos generales que ya señala la Ley⁹; en efecto, se trata de un tema interesante ya que, en estricto sentido, el cambio del lugar en el cual se prestaría el trabajo es una condición sustancial del acuerdo inicial de voluntades que dio origen a la relación de trabajo, por lo que su variación tendría que ser acordada de manera bilateral. Por otra parte el contrato deberá incluir menciones concretas en temas como el equipo e insumos de trabajo que se entregarán al teletrabajador; así como la descripción y monto que el patrón pagará a la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo por concepto de pago de servicios en el domicilio relacionados con el teletrabajo y, finalmente, los mecanismos de contacto y

⁸ En algunas legislaciones como la chilena (Ley 19759) se refirió al tema al señalar que quedaba excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados que prestaban servicios fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de las telecomunicaciones.

⁹ Hay que recordar que la LFT señala en su art. 25 que el escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener, entre otros datos, nombre nacionalidad, edad, sexo, estado civil, CURP, domicilios de las partes, la duración del contrato, los servicios que van a prestarse, los lugares en que se prestaran, la duración de la jornada, la forma, monto y día del pago.

supervisión entre las partes, así como la duración y distribución de horarios, siempre que no excedan los máximos legales. Como puede verse se trata de aspectos concretos e interesantes en los que vale detenerse un momento.

En el caso por ejemplo del equipo e insumos de trabajo que se entregarán al teletrabajador, cabe recordar que la Ley ya señala en el art. 132.III como una de las obligaciones a cargo del patrón, la de proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, de buena calidad y en buen estado; se trata de una obligación genérica que, en principio, haría innecesario que ahora en el caso del teletrabajo se haga una mención específica del tema; sin embargo, el legislador consideró que era conveniente hacerlo en atención tal vez a las características singulares que en este caso presentan, precisamente, esas herramientas al ser computadoras u otro tipo de dispositivos que tendrían que entregarse a los trabajadores. Sobre el particular, queda la duda sobre la calidad en la cual se estarían otorgando al trabajadores estos instrumentos, si lo son en calidad de préstamo, en propiedad o sólo, como ya sucede en otros casos, en custodia para el uso exclusivo en las tareas que le encomienda el patrón; si esta última hipótesis es la adecuada, entonces habrá que documentar y formalizar la entrega de esas herramientas, indicando en el documento correspondiente las características específicas de las mismas aparte de señalar la manera en que debieran usarse; esta situación es importante ya que cabe recordar que la misma Ley señala también (art. 134.VI), como correlato de esta obligación patronal, una obligación de los trabajadores para restituir al patrón los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que les haya dado para el trabajo. En razón de que se trata de instrumentos y herramientas novedosas para la prestación del teletrabajo, es de esperarse que en la práctica se tendrán que hacer las adecuaciones correspondientes para la regulación ya administración conveniente de las mismas.

Por otra parte, en cuanto a la descripción y monto que el patrón pagará a la persona trabajadora por concepto de pago de servicios en el domicilio. En este caso estamos ante un tema interesante y de no fácil aplicación. En efecto, con motivo del teletrabajo el trabajador dispone de energía eléctrica y de servicios de telecomunicación como internet, conceptos ambos que tienen un costo y que en otras circunstancias son parte de los gastos que tiene que hacer un patrón para ofrecer los medios adecuados para la prestación del trabajo; sin embargo, en este caso dado que el trabajo se lleva a cabo en el domicilio del trabajador o en otro lugar elegido por él, esos costos los tiene que asumir el trabajador. De esta manera que ahora se tenga que señalar en un contrato lo que el patrón deberá pagar el trabajador por esos conceptos parece lógico y razonable, el problema se presenta cuando

se trata de distinguir el monto y la cantidad de energía eléctrica o de servicios de internet que un trabajador ha usado con motivo de su trabajo y no con motivo de atender otras necesidades personales o familiares en el lugar que desarrolla su labor a distancia. Esta dificultad si bien pudiera ser atendida en un escenario ideal, midiendo y distinguiendo qué y cuando se usaron los servicios para el trabajo y cuando para otros fines, en la práctica dicha medición se presenta con grandes dificultades para llevarla a cabo, es tal vez por esta situación que el legislador mexicano señaló que en el contrato correspondiente solo deberá señalarse la descripción y monto que el patrón pagará por este concepto, es decir la sugerencia es que en el recibo de pago del trabajador exista una cantidad y un concepto fijo con el cual se estarían cubriendo esos gastos ahora a cargo del trabajador – ¿cómo llegar a una cantidad correcta? – es parte de las dificultades que ahora este tema presenta en su aplicación y en donde, a partir de una metodología determinada, tendrá que fijarse.

Así mismo, en cuanto a los mecanismos de contacto y supervisión entre las partes que deben señalarse en el contrato de teletrabajo, estamos ante uno de los aspectos más relevantes desde el punto de vista técnico; hay que recordar que históricamente el elemento distintivo de la relación laboral de aquellas otras relaciones reguladas por otras ramas jurídicas, es la subordinación que se presenta del trabajador frente a su patrón y que consiste en la posibilidad de que éste último pueda señalar y ordenar la manera como debe prestarse el trabajo, mientras que el trabajador está obligado a acatar dichas instrucciones. La subordinación fue un concepto determinante y funcional para distinguir una relación laboral de otro tipo de relaciones y que permitiría construir buena parte del Derecho del trabajo a lo largo del siglo XX; sin embargo, la diversidad de nuevas maneras en que se presta el trabajo en los últimos años, trajo consigo también nuevas maneras en que se presenta la subordinación en el mundo del trabajo, frente a las cuales el Derecho del trabajo ha tenido dificultades para regularlas, pero el cual poco a poco ha venido incluyendo en sus conceptos ideas y matices para ir adaptando aquella subordinación a las nuevas realidades; y este es precisamente el caso, con motivo del teletrabajo en donde el legislador mexicano señaló que el contrato deberá indicar los mecanismos de contacto y supervisión entre las partes, es decir, la manera como se presentará aquella subordinación distintiva de las relaciones laborales.

En lo relacionado con la duración y distribución de horarios, los cuales según la Ley no deberán exceder a los máximos legales, estamos ante un aspecto relevante en las relaciones laborales, ya que se trata de un aspecto que una vez definido, trae una serie de implicaciones en la relación trabajador/patrón; en efecto, cuando en un contrato o por ejemplo un

reglamento interior de trabajo, se le señalan al trabajador cual será su jornada y su horario, se le está diciendo también que será el tiempo que estará a disposición del patrón en el cual está obligado a cumplir con sus obligaciones contraídas y a respetar una serie de disposiciones previstas por, las normas laborales, y que terminando esas horas de trabajo, sus obligaciones frente a la empresa cesan salvo casos excepcionales, recuperando su libre disposición del tiempo. Sin embargo, hay que recordar que históricamente la regulación de las jornadas y horarios de trabajo se realizó bajo la idea de un tipo de trabajo que consideraba básicamente que la relación laboral se realizaba en un ciertos días y lugar determinado y el Derecho del trabajo consideró que las variantes a esa regulación del tiempo de trabajo sería excepcional y como parte de regímenes laborales especiales; en el caso del teletrabajo, dada su especificidad al igual que en otros casos también especiales, el legislador ofreció un espacio para que estas precisiones se hagan en el contrato correspondiente, respetando los límites y rangos que la Ley señala. Si bien resulta razonable que los márgenes y duración de las jornadas sean aquellas que la Ley señala, es interesante ver como dichos criterios han sido rebasados y no respetados en muchos de los casos en que se realiza trabajo a distancia o teletrabajo ya que no existe la manera tradicional de verificar y controlar la presencia física de una persona en un lugar de trabajo, este tipo de nuevas situaciones plantea la necesidad de revisar y en su momento actualizar la regulación del tiempo que un trabajador está disposición de un patrón desde nuevos enfoques.

Estos son solamente algunos de los puntos y temas que las partes podrán considerar en un contrato de teletrabajo, aunque la Ley deja abierta la posibilidad de que las partes señalen algún otro tipo de estipulación que convengan; se trata de cierto margen para que se exprese la autonomía de la voluntad de las partes que, como se sabe en materia laboral, esta no es absoluta sino relativa ya que tiene que respetar las disposiciones legales aplicables.

3.2. En la contratación colectiva

La Ley incorporó algunas disposiciones que relacionan al teletrabajo con los contratos colectivos al señalar que esta modalidad deberá estar incluirse en los dichos contratos que existan en la empresa y que además se deberá entregar a los trabajadores que realicen este tipo de trabajo una copia de dicho contrato colectivo. La idea de incorporar el teletrabajo en los contratos colectivos busca que los sindicatos participen no solo en el conocimiento del tema sino que incluso formen parte de las agendas de

negociación colectiva que se lleven a cabo, lo cual pone al teletrabajo como un posible tema de coincidencia pero también de debate entre el patrón y los sindicatos, lo cual podría ayudar a partir de la negociación colectiva, en la depuración y perfeccionamiento de marco jurídico e implementación del teletrabajo, también podría convertirse en diversos reclamos del sindicato relacionados con derechos existentes o futuros asociados a esta modalidad. Por otra parte, el art. 391 LFT señala los temas que puede incluir un contrato colectivo, entre los cuales no está el teletrabajo, por lo que habrá que hacer en adelante una lectura integral de la Ley para este tema; lo mismo sucede con la “nueva” obligación de los patrones de entregar gratuitamente a los teletrabajadores una copia del contrato colectivo, obligación ésta que ya está señalada como una obligación general en el art. 132.XXX LFT.

Así mismo, la Ley deja entrever que estos trabajadores, lo cual es correcto, deben de ejercer a plenitud también su libertad sindical, para lo cual se señala que deben contar con mecanismos de comunicación y difusión para que participen en las acciones que lleve a cabo el sindicato en el centro de trabajo como son la aprobación de un contrato colectivo o la revisión del mismo. Por otra parte, el legislador previó la hipótesis de que no exista en el centro de trabajo un contrato colectivo, situación ante la cual sugiere que las disposiciones sobre el teletrabajo se incluyan, de manera errónea, en el reglamento interior de trabajo. Hay que recordar que un reglamento interior tiene otra finalidad, otros contenidos, otros procedimientos por lo que incluir en él lo relacionado con el trabajo le da una connotación muy diferente a incluirlo en un contrato colectivo, ya que en este último se puede incluso emplazar a huelga por incumplimiento de su contenido, lo cual no sería posible en el caso de un reglamento interior de trabajo. Aparte cabe recordar que un contrato colectivo es obligatorio su celebración y revisión en los términos y plazos que señala la Ley, lo cual no sucede de la misma manera en el caso de un reglamento. De igual manera con una redacción y una sintaxis poco clara, la Ley agrega que se deberán establecer mecanismos que garanticen la vinculación y contacto entre los teletrabajadores, ¿Qué significa esto?, sin duda puede haber varias lecturas, por ejemplo que se trata de una nueva obligación para los patrones, que debe idear e implementar un mecanismos de “vinculación y contacto” entre los trabajadores – ¿Por qué?, ¿para qué?, ¿qué tipo de modalidades, infraestructura y procedimiento tendrían que diseñarse para el logro de esos fines? – se trata por ahora de interrogantes sin respuesta.

Por otra parte, un elemento importante a señalar, como parte de los acuerdos para la realización del teletrabajo, es que la Ley consideró que el eventual cambio de una modalidad presencial a esta nueva forma debe ser voluntaria y dicha manifestación debe contar por escrito; sin embargo, la

Ley señala que habría una salvedad en los casos de fuerza mayor debidamente acreditada. Es muy probable que este argumento señalado en la Ley sirva de sustento para que en momentos de pandemia como los que se viven actualmente permitan como muchos trabajos sean realizados en esta nueva modalidad a distancia. Además, el hecho de que las partes en un contrato de trabajo hayan pactado total o parcialmente la realización de teletrabajo, eso no impide que puedan dar marcha atrás, para lo cual la Ley reconoce lo que se denomina como “derecho de reversibilidad” para lo cual las partes tomaran las medidas y acuerdos necesarios al efecto.

4. Obligaciones especiales de las partes

Desde 1931 en que promulgó la primera Ley Federal del Trabajo en México, los primeros regímenes laborales especiales, como el trabajo doméstico, trabajo ferrocarrilero y trabajo del campo, entre otros, se distinguieron por la inclusión de obligaciones especiales a cargo de los patrones y los trabajadores, en atención a las características precisamente especiales que presentaban esas relaciones laborales; hoy en el caso del teletrabajo se ha considerado conveniente que también de manera expresa se enumeren obligaciones para cada una de las partes (arts. 330.E y 330.F LFT); dada la aparente novedad del tema consideramos conveniente citar cada una de ellas y comentarlas de manera individual.

4.1. Obligaciones de los patrones

Proporcionar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo como equipo de cómputo, sillas ergonómicas, impresoras, entre otros

Como puede advertirse se trata de una obligación “abierta” en el sentido de que, si bien se enumeran algunas obligaciones, existe la posibilidad de que haya otras obligaciones relacionadas con la principal. En efecto, el patrón tendrá no solo que dar al trabajador, como ya se señalaba las herramientas de trabajo, tendrá que instalarlas y hacerse cargo del mantenimiento de las mismas; este tipo de acciones son normales en un centro de trabajo en donde se acude regular y físicamente al mismo, sin embargo cuando ese lugar es por ejemplo el domicilio del trabajador, esto plantea algunas cuestiones logísticas y de cumplimiento de la obligación: por otra parte, de manera enunciativa y no limitativa se habla equipo de cómputo, sillas ergonómicas, etc. lo cual implica que ya en el análisis de un caso concreto

podrían ampliarse y precisarse de mejor manera el tipo y características de la herramientas que se necesitan para el teletrabajo; sin embargo, si somos estrictos es preciso señalar que la determinación de este tipo de insumos y herramientas debieran ser el resultado de un análisis técnico que muchas veces no están en posibilidades de hacerlo ni el trabajador ni el patrón de manera unilateral, por lo que se antoja que, de ser el caso, esta pudiera ser una tarea que lleven a cabo las comisiones mixtas de seguridad e higiene en los centros de trabajo.

Recibir oportunamente el trabajo y pagar los salarios en la forma y fechas estipuladas

La idea de incluir como una obligación patronal que reciba los trabajos de manera oportuna parece tener que ver con el cumplimiento de las obligaciones principales de las partes, cumplir con el trabajo pactado y por el otro pagar el salario; aunque tal vez al planteamiento que aquí hace la Ley pudo haberse precisado con más detalle la manera en que se espera se cumpla con el trabajo para luego pagar el salario en el caso del teletrabajo, ya que la idea general y abstracta de a trabajo realizado corresponde un salario devengado ya se encuentra prevista en varias disposiciones de la Ley, por ejemplo la misma definición que de salario hace la Ley (art. 82) al señalar que salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo, o la disposición constitucional que indica que (art 5) «Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento», por lo que se antoja innecesario haber incluido esta obligación.

Asumir los costos derivados del trabajo a través de la modalidad de teletrabajo, incluyendo, en su caso, el pago de servicios de telecomunicaciones y la parte proporcional de la electricidad

Como ya se anotaba, este capítulo especial de la LFT ya hace mención de que entre los temas que pueden incluirse en el contrato de trabajo respectivo, está la posibilidad de que se señalen los costos asociados a este tipo de trabajo, la precisión que ahora se hace es que entre esas precisiones podrá estar, no es obligatorio, ya que se dice “en su caso”, el pago de la parte proporcional de la electricidad, lo cual suena coherente y razonable que el patrón pudiera asumir el pago de la parte proporcional que, por ejemplo, en su casa destinó a su trabajo, sin embargo la posibilidad de distinguir con claridad que parte del costo de la electricidad es el relacionado con el teletrabajo de una persona, y qué parte es el consumo del resto utilizado para que funcionen otros aparatos eléctricos o simplemente la luz,

no es del todo sencillo. Frente a estas dificultades algunas empresas han empezado a otorgar montos fijos mensuales por estos conceptos, los cuales oscilan entre 15 y 25 dólares.

Llevar registro de los insumos entregados a las personas trabajadoras bajo la modalidad de teletrabajo, en cumplimiento a las disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo establecidas por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social

El patrón tendrá que llevar un control de todo aquello que le proporcione al trabajador para que éste lleve a cabo el trabajo, lo cual suena normal en una empresa medianamente organizada, la novedad acá es que ese tipo de control y registro tendrá que hacerse atendiendo ciertas directrices que emita la autoridad administrativa federal, con lo cual se abre la posibilidad de que si el patrón no cumple con esos criterios y reglas de registro puede, en un momento dado, ser objeto de sanciones. Se entiende que la motivación estaría dada en el interés del Estado de verificar el cumplimiento de las reglas concretas del teletrabajo y en particular de los insumos que para tal efecto aporta el patrón en la relación de trabajo y que no haya abusos con tal motivo.

Implementar mecanismos que preserven la seguridad de la información y datos utilizados por las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo

Se trata de un tema delicado que ha cobrado importancia en las últimas décadas a partir de la creciente circulación de información y datos en el ciberespacio, los riesgos que esta situación plantea no son exclusiva del teletrabajo, aunque se supondría que es una modalidad que pudiera aumentar esos riesgos. Cabe recordar que ya existe en México una legislación relativa a la protección de datos (entre otras la Ley Federal de Protección de datos Personales en Posesión de Particulares) todo lo cual tendrá que ser observado en este caso. Vale la pena recordar que el análisis de este tipo de obligaciones hay que hacerlo de manera integral tomando en cuenta otras disposiciones que ya existen en la Ley y que de manera indirecta se refieren también a este tema, por ejemplo una de las obligaciones ya señaladas a los trabajadores (art. 134.XIII) es la de guardar “escrupulosamente” los secretos técnicos o de fabricación de los cuales tenga conocimiento con motivo de su trabajo y cuya divulgación pudiera causar perjuicios a la empresa, de igual manera hay que recordar que la Ley (art. 47.IX) considera como una causa de rescisión que el trabajador revele secretos de fabricación o asuntos de carácter reservado. Todo esto debiera llevar a la necesidad de construcción de una regulación interna del tema en el centro de trabajo

donde las medidas de protección de la información sean las adecuadas, y dicha regulación podría incluirse no solo en el contrato individual de trabajo, en un contrato colectivo y también en un reglamento interior de trabajo. En algunos casos, cabe recordar que en la firma de contratos de trabajo para personal técnico o muy especializado que tendrá acceso a información sensible de la empresa, se estima que el trabajador firme también una carta de confidencialidad en donde se hace conocedor de la información a la que tendrá acceso y de las implicaciones laborales, civiles e incluso penales que tendría su difusión sin el consentimiento del patrón. Nada impide que en ciertos casos este tipo de formalidades también pudieran realizarse en el teletrabajo.

Respetar el derecho a la desconexión de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo al término de la jornada laboral

La dinámica en la cual se llevan hoy en día las comunicaciones en el mundo con el uso de tecnologías y plataformas que en tiempo real se puedan comunicar y transmitir datos, se ha traducido entre otras cosas en que los horarios de trabajo hayan sido difuminados y que en cualquier hora y día se pueda estar en contacto en tiempo real; esta situación ha afectado enormemente a la relación trabajador-patrón, ya que las jornadas y los horarios de trabajo tradicionales pasan a segundo término y la exigencia al trabajador de cumplir con sus tareas se ha extendido más allá de los tiempos que se supone legalmente estaba obligado según la Ley. Esta situación ha derivado en la necesidad de buscar maneras de limitar el tiempo a disposición que debe estar el trabajador, aun en el trabajo a distancia, dando lugar a lo que otras latitudes se conoce como el derecho a la desconexión, que podría definirse como aquel derecho de un trabajador a desatender las instrucciones de su patrón a partir de cierto momento del día y de su jornada, aun estando a distancia o vía remota de su centro de trabajo. Se trata de un derecho novedoso y desconocido hasta ahora por el Derecho mexicano, aunque ya es objeto de un amplio debate en otros países¹⁰, que hace su aparición ahora en la LFT y cuyas precisiones, alcances, modalidades e implementación, están aún por definirse.

¹⁰ L.D. NARANJO COLORADO, *Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis desde la base del derecho laboral*, en *Saber, Ciencia y Libertad*, 2017, n. 2.

Inscribir a las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo al régimen obligatorio de la seguridad social

Una de las obligaciones genéricas de todo patrón frente a sus trabajadores es incorporarlos al régimen de la seguridad social, tal como lo establece la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social. Sin embargo, cabe anotar que buena parte de la nueva regulación del teletrabajo parte de la idea que tenemos trabajadores que desarrollan su actividad de manera presencial y que, en cierto momento, por diversas razones, pasan a desarrollar toda o parte de su actividad a distancia y que en ese sentido se trata de personas que en principio ya debían haber estado inscritas a la seguridad social, salvo que se trate de personas que desde que iniciaron su relación laboral con un patrón lo hicieron ya como teletrabajadores.

Establecer los mecanismos de capacitación y asesoría necesarios para garantizar la adaptación, aprendizaje y el uso adecuado de las tecnologías de la información de las personas trabajadoras en la modalidad de teletrabajo, con especial énfasis en aquellas que cambian de modalidad presencial a teletrabajo

El legislador considero conveniente reafirmar la obligación que ya desde la Constitución tienen los patrones de dar capacitación a sus trabajadores, aunque en este caso se precisan cuáles serían los objetivos que se buscan con dicha capacitación, a saber, la adaptación y aprendizaje para el uso de las nuevas herramientas de trabajo. Cabe recordar que la Ley (art. 154.A-153.X) ya señala una serie de obligaciones para las empresas en materia de capacitación y adiestramiento, así como la manera, instancias y mecanismos por medio de los cuales este derecho tendrá que concretarse. Queda por ahora la duda de si a lo que se refiere el legislador en el caso del teletrabajo, es más bien al adiestramiento de los trabajadores más que a su capacitación, ya que el art. 153.C de la Ley señala que el adiestramiento tiene por objeto, entre otras cosas, «actualizar y perfeccionar los conocimientos y habilidades de los trabajadores y proporcionarles información para que puedan aplicar en sus actividades las nuevas tecnologías que los empresarios deben implementar para incrementar la productividad en las empresas». Como quiera que sea la intención parece ser la de ofrecer un acompañamiento de la empresa a los trabajadores en el proceso de adaptación a la nueva manera de prestar el trabajo.

4.2. Obligaciones de los trabajadores

Por su parte, buscando una regulación simétrica que también ya existe en la parte general de la Ley, se han incluido varias obligaciones especiales a cargo de los trabajadores en los siguientes términos.

Tener el mayor cuidado en la guarda y conservación de los equipos, materiales y útiles que reciban del patrón

Se trata, una vez más, de una obligación ya prevista en la Ley en la parte general (art. 134.VI) que no se considera que fuera necesario señalarla, salvo que se haga como en este caso con la intención de enfatizar la atención que debe poner el trabajador.

Informar con oportunidad sobre los costos pactados para el uso de los servicios de telecomunicaciones y del consumo de electricidad, derivados del teletrabajo

Como ya se anotaba, una de las obligaciones del patrón es la de asumir los costos asociados al teletrabajo; sin embargo, si bien hay aquí una obligación del trabajador de informar su patrón como queda redactada se puede entender que el trabajador informe al su patrón sobre los contratos que haya celebrado con la compañía de luz que le suministra la energía eléctrica en el domicilio en que lleva acabo el teletrabajo, así como de los contratos celebrados con la empresa que le ofrece el servicio de internet, para lo cual tendría que compartirle no solo los contratos formales celebrados en estos casos, sino también los recibos en los que consta que periódicamente está gastando en tales servicios; sin embargo, el hecho de que la Ley señale que lo que tiene que informar el trabajador es sobre los “costos pactados” para el uso de servicios derivados del teletrabajo confunde, ya que hace suponer que el trabajador tiene pactos o contratos específicos para electricidad e internet para realizar el teletrabajo, lo cual no necesariamente corresponde a la realidad. Este tipo de redacciones crean dudas sobre los alcances, en este caso, de algunas obligaciones del trabajador, lo cual tendrá que ser aclarado y precisado con la práctica en los centros de trabajo.

Obedecer y conducirse con apego a las disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo establecidas por el patrón

En este caso estamos ante una situación interesante, hay que recordar que el trabajador tiene la obligación de acatar las disposiciones en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo (art. 134.II), al grado de que

si no lo hace puede configurarse una causal de despido (art. 47.XII); sin embargo, en este caso estaríamos en presencia de medidas establecidas por el patrón para respetarse en un lugar respecto del cual no tendría la manera de supervisar su cumplimiento, toda vez que sería el domicilio del trabajador o un lugar elegido por éste para realizar sus actividades donde tales medidas debieran observarse. Esta situación plantea para el marco jurídico de la seguridad e higiene en el trabajo diversos retos, ya que la mayoría de las medidas que la legislación laboral incluye para cuidar la salud de los trabajadores, están diseñadas sobre la base de identificar y ubicar los espacios donde se presta el trabajo, lo cual no sucedería con la misma certeza en el teletrabajo.

El tema de la seguridad en estos casos se encuentra regulado por ahora de manera parcial ya que, a semejanza como lo hizo Perú en su Ley 30036, la Ley mexicana señala que estos temas serán objeto de mayores precisiones en una Norma Oficial Mexicana (NOM)¹¹ en la cual se consideren todos los factores de riesgo que el teletrabajo pueda implicar para los trabajadores involucrados; para tal efecto se contará con un plazo de 18 meses para emitir dicha norma.

Atender y utilizar mecanismos y sistemas operativos para la supervisión en sus actividades

Una vez más en este punto estamos de lleno en el tema de la subordinación como elementos distintivo del mundo laboral en donde la manera tradicional en que esta se presentaba desaparece en el teletrabajo; sin embargo, la necesaria ubicación e identificación de algún tipo de subordinación para reclamar su adscripción en el campo de aplicación del Derecho del trabajo, llevó al legislador mexicano a señalar como una obligación del trabajador usar mecanismos para ser supervisado, se trata de una situación por demás intrigosa, ya que tradicionalmente los mecanismos de supervisión de las tareas del trabajador no son algo que, por regla general, se discutan con los trabajadores y se da por sentado que los trabajadores

¹¹ La NOM es una regulación técnica prevista en la [Ley de Infraestructura de la Calidad](#) la cual la define como «la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las Autoridades Normalizadoras competentes cuyo fin esencial es el fomento de la calidad para el desarrollo económico y la protección de los objetivos legítimos de interés público previstos en este ordenamiento, mediante el establecimiento de reglas, denominación, especificaciones o características aplicables a un bien, producto, proceso o servicio, así como aquellas relativas a terminología, marcado o etiquetado y de información. Las Normas Oficiales Mexicanas se considerarán como Reglamentos Técnicos o Medidas Sanitarias o Fitosanitarias, según encuadren en las definiciones correspondientes previstas en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es Parte».

deben de acatarlos, aunque ahora de manera expresa se le señala al trabajador que tiene este tipo de obligaciones. Ya veremos en la práctica como se presenta esta exigencia a los teletrabajadores para ver si el viejo concepto de subordinación sigue siendo funcional.

Cabe agregar sobre este tema que la nueva legislación precisa que el uso de cualquier tecnología para supervisar el teletrabajo deberá ser proporcional a su objetivo y deberá garantizarse la el “derecho a la intimidad de las personas” el cual cuenta desde años con una amplia regulación¹², además de respetar el marco jurídico relativo a la protección de datos personales al cual ya se hacía referencia.

Así mismo se precisa que sólo se podrán utilizar cámaras de video y micrófonos de manera extraordinaria, o cuando la naturaleza de las funciones desempeñadas lo requiera. Cabe recordar que el uso de estos mecanismos ya venía siendo objeto de debate y desencuentros entre los trabajadores, sus sindicatos y las empresas ya que los primeros los han considerados como mecanismos que invaden su privacidad y que son utilizados para incluso acosarlos laboralmente, mientras que para los patrones se trata simplemente de herramientas tecnológicas que les permiten llevar a cabo una más adecuada supervisión de las labores de sus trabajadores.

Atender las políticas y mecanismos de protección de datos utilizados en el desempeño de sus actividades, así como las restricciones sobre su uso y almacenamiento

Como ya se anotaba a propósito de las obligaciones del patrón en este mismo tema, los trabajadores tendrán que atender y respetar las decisiones que se vayan tomando en los centros de trabajo, en el entendido de que ya existe en México desde hace algunos años un marco jurídico dirigido a proteger los datos personales, el cual va más allá de los derechos y obligaciones de las partes en una relación laboral y tendrá que ser respetado¹³.

5. Conclusiones

En el contexto latinoamericano asistimos en los últimos veinte años a un

¹² C. GAMBOA MONTEJANO, *Derecho de la intimidad y el honor vs. derecho a la información*, Cámara de Diputados, 2007, p. 2.

¹³ O.A. MENDOZA ENRÍQUEZ, *Marco jurídico de la protección de datos personales en las empresas de servicios establecidas en México: desafíos y cumplimiento*, en *Revista IUS*, 2018, n. 41, pp. 267-268.

interés creciente del legislador por contar con un marco jurídico del teletrabajo que permita regular e incluso a veces fomentar estas maneras de prestar el trabajo; en efecto, los intentos del legislador en materia laboral en muchos casos ha sido tratar de ir regulando de manera conveniente las nuevas situaciones y variantes que van apareciendo en el mundo del trabajo; sin embargo, cabe anotar que en este caso la irrupción de las nuevas tecnologías en el mundo laboral han venido a cuestionar la funcionalidad de buena parte de los conceptos tradicionales del Derecho del trabajo, por ejemplo el identificar quién es el trabajador, quién es el patrón, cuáles son los derechos de ambos, pero de manera destacada cómo se presenta el nexo tradicional de subordinación que históricamente ha caracterizado a las relaciones laborales. En este caso el teletrabajo es uno de los ejemplos actuales en donde se advierte esta problemática si bien con implicaciones conceptuales importantes, también con efectos prácticos innegables. En ese contexto muchos países en los últimos años, entre ellos México, están tratando de dotar de un marco jurídico laboral a esas nuevas maneras de prestar el trabajo a distancia con el uso de las nuevas tecnologías; se trata de un esfuerzo loable que presenta el gran reto de conciliar por un lado la necesaria reafirmación de que se trata de relaciones que deben ser reguladas por el Derecho del trabajo, y por el otro, la necesaria adaptación de los términos y conceptos tradicionales a la nueva realidad.

Se trata de esfuerzos de regulación que, acordes con los tiempos que se viven, pretenden ofrecer reglas claras y defender los derechos de los trabajadores y en donde a pesar de lo aparentemente novedoso del tema, hay ya una amplia experiencia regulatoria en el ámbito internacional.

Si bien se puede constatar el fortalecimiento reciente de una tendencia hacia la flexibilidad de las maneras en que se presta el trabajo, en este caso en su modalidad de teletrabajo, también existen una serie de retos y desafíos que demandan un análisis y reflexión, por ejemplo el teletrabajo y la seguridad social, el teletrabajo y los aspectos fiscales, así como el teletrabajo y los derechos colectivos de los trabajadores; además de que en un análisis más amplio del tema, éste pudiera también ser visto como parte de la evolución de los derechos humanos¹⁴.

En efecto, habrá que ver cuál es el impacto del teletrabajo en la salud de los trabajadores así como las reglas para entender y atender los riesgos de trabajo a los que ahora estarán expuestos; así mismo, está pendiente realizar un análisis fiscal de los contratos, derechos y obligaciones que tendrían los

¹⁴ J. FERNÁNDEZ-TAPIA, R.G. BRAVO SALAZAR, *El teletrabajo en América Latina: derecho de segunda y cuarta generación y de ciudadanía digital*, en *Crítica y Resistencias*, 2019, n. 9.

teletrabajadores¹⁵; de igual manera, las nuevas condiciones en que se lleva a cabo el teletrabajo plantea para los sindicatos diversos retos que demandarán su necesaria reinención y adaptación a las nueva realidad para seguir cumpliendo con su objetivo de estudio, mejoramiento y defensa de sus agremiados.

De esta manera los conceptos, los derechos y las obligaciones de las partes, son parte de la agenda que los legisladores han desarrollado al ocuparse del teletrabajo, pero uno de los aspectos que presenta gran dificultad en considerar mecanismos y formas que garanticen la eficacia del nuevo marco jurídico, ya sea expresamente incluyendo sanciones ante su incumplimiento o bien desarrollando mecanismos de supervisión; en ese sentido, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de este nuevo marco jurídico la Ley, en el caso mexicano, señala nuevas obligaciones puntuales para los inspectores de trabajo, como son la de verificar que los patrones lleven un registro de los insumos que hayan entregado a los trabajadores, incluyendo los relacionados con la seguridad y salud en el trabajo; así mismo, deberán verificar que los salarios no sean inferiores a los de los trabajadores que de manera presencial trabajan en la empresa; se trata de tareas que en una situación “normal” se antojan como factibles y viables de llevar a cabo por una inspección del trabajo; en este tema México se acerca de manera discreta al modelo argentino en donde las empresas tienen que registrarse, entre otros mecanismos de control (Ley 27555/2020); sin embargo, en un país como México en donde la inspección del trabajo necesita aun ser fortalecida, el señalarle ahora estas nuevas tareas le plantea retos no fáciles de superar como son sus limitados recursos humanos y materiales, así como el problema que plantea hacer inspecciones en un lugar diferente al tradicional donde se desarrolla el trabajo.

Como puede verse estamos ante un mundo inestable donde los retos de las normas jurídico-laborales para su aplicación es mayor; sin embargo, el Derecho del trabajo no puede, y menos ahora, claudicar en sus fines históricos y originarios de ofrecer un marco jurídico protectorio a quienes desarrollan una actividad a cambio de un salario.

¹⁵ Cabe recordar que desde el punto de vista patronal este tipo de consideraciones fiscales tienen gran relevancia, ya que los pagos que se harían por ejemplo por concepto de electricidad o servicios de internet pudieran o no ser considerados como herramientas de trabajo y en consecuencia ser gravados o no; se trata de dudas que se tendrán que ir aclarando por la autoridad fiscal para dar mayor certeza en la ejecución del teletrabajo.

6. Bibliografía

ACADEMIA INTERNACIONAL DE TELETRABAJO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Primer Informe. Estado del Teletrabajo en América Latina y el Caribe*, 2017

FERNÁNDEZ-TAPIA J., R.G. BRAVO SALAZAR, *El teletrabajo en América Latina: derecho de segunda y cuarta generación y de ciudadanía digital*, en *Crítica y Resistencias*, 2019, n. 9

GAMBOA MONTEJANO C., *Teletrabajo*, Cámara de Diputados, 2017

GAMBOA MONTEJANO C., *Derecho de la intimidad y el honor vs. derecho a la información*, Cámara de Diputados, 2007

MARTÍNEZ SÁNCHEZ R., *El teletrabajo como tendencia del mercado laboral*, en *Retos*, 2012, n. 4

MENDOZA ENRÍQUEZ O.A., *Marco jurídico de la protección de datos personales en las empresas de servicios establecidas en México: desafíos y cumplimiento*, en *Revista IUS*, 2018, n. 41

NARANJO COLORADO L.D., *Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis desde la base del derecho laboral*, en *Saber, Ciencia y Libertad*, 2017, n. 2

OIT, *Manual de buenas prácticas en el teletrabajo*, Buenos Aires, 2011

RASO DELGUE J., *América Latina: el impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2018, n. 1

VALENCIA CATUNTA A.M.C., *Aspectos regulatorios del teletrabajo en el Perú: análisis y perspectivas*, en *Revista IUS*, 2018, n. 41

La adaptación de las formas de representación colectiva a los cambios productivos: reflexiones a partir de la idea de intereses del trabajo*

Helena YSÀS MOLINERO**

RESUMEN: En las últimas décadas se han producido profundas transformaciones sociales que han modificado de forma significativa la relación de la ciudadanía con el mundo del trabajo y su identidad como trabajadores. La fragmentación de los procesos productivos y de las realidades empresariales, las cadenas de subcontratación y el fenómeno de los falsos autónomos y los autónomos precarizados, entre otros, impactan sobre los intereses vinculados al trabajo y dificultan su representación. En este artículo se proponen vías de intervención para reforzar el vínculo entre las organizaciones sindicales y los colectivos de trabajadores con mayores dificultades para vincularse a través de los centros de trabajo. Se analiza también el papel que pueden jugar nuevos actores en el ámbito de la representación y se enfatiza la necesidad de algunos cambios en el marco jurídico para mejorar su eficacia con el fin de garantizar la representación colectiva de los intereses vinculados al trabajo.

Palabras clave: Representación, intereses, trabajo, sindicatos.

SUMARIO: 1. Los intereses del trabajo en el contexto actual: de la dispersión a una reinterpretación integradora. 2. “Viejos” y “nuevos” sujetos de la representación de los intereses del trabajo. 3. El marco jurídico de la representación: insuficiencias e inadaptaciones. 4. Bibliografía.

* Artículo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-83189-R, *La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras*, 2018-2021, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (España).

** Profesora Agregada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Autònoma de Barcelona (España).

Adapting Forms of Collective Representation to Changes in Production: Reflections Based on the Idea of Labour Interests

ABSTRACT: In recent decades, profound social transformations have taken place and have significantly modified the relationship between citizens and the world of work and their identity as workers. The fragmentation of production processes and business realities, subcontracting and supply chains, as well as the phenomenon of false self-employed and precarious self-employed, among others, have an impact on the interests linked to work and make it difficult to represent these interests. This article proposes ways of intervening to strengthen the link between trade union organisations and groups of workers who find it more difficult to link up through workplaces. It also analyses the role that new actors can play in the field of representation and emphasises the need for some changes in the legal framework to improve the effectiveness of representation institutions in order to ensure collective representation of work-related interests.

Key Words: Representation, interests, work, trade unions.

1. Los intereses del trabajo en el contexto actual: de la dispersión a una reinterpretación integradora

El presente texto tiene por objetivo trazar líneas de reflexión en torno a la realidad actual de los intereses del trabajo y su representación, desde la perspectiva de su encauzamiento jurídico. Con ello se hace referencia a la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas que ocupan una posición subordinada en los procesos productivos propios del sistema capitalista, es decir, no únicamente los que están sujetos a una relación laboral *ex art.* 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La transformación de la realidad productiva no ha tenido lugar en un espacio corto de tiempo sino que es un proceso que se ha venido desarrollando en las últimas cuatro décadas: fenómenos como la fragmentación de los procesos productivos y de las realidades empresariales, las cadenas de subcontratación y suministros o el uso de mano de obra prestada (ETTs) se han intensificado en los últimos años en un contexto de creciente globalización del capital y del comercio de bienes y servicios, también junto con fenómenos más locales como es el caso de las empresas multiservicios en España. En estos años han aumentado significativamente las tasas de temporalidad, de parcialidad involuntaria, de personas que no consiguen salir del círculo temporalidad-desempleo, de trabajadores que se han visto forzados a convertirse en autónomos ya sea para seguir desarrollando la misma actividad, ya sea para emprender una nueva actividad como única alternativa al desempleo. En definitiva, se ha extendido la precariedad en el mundo del trabajo. A ello se suma un progresivo alejamiento de los centros de poder y de toma de decisiones empresariales respecto de los trabajadores en el centro de trabajo, donde sólo quedan quienes ejecutan pero no toman las decisiones. Las altas tasas de desempleo, especialmente en España, donde prácticamente alcanzó el 27% en el momento álgido de la crisis económico-financiera pero que a día de hoy sigue cerca del 16%, resulta en la existencia de un nutrido grupo de personas que no tienen la condición de trabajadores por cuenta ajena y que se encuentran en una situación más precaria que la mayoría de trabajadores que sí lo son, pero que comparten con ellos multitud de intereses como ciudadanos y en su aspiración a volver a ser trabajadores por cuenta ajena. En paralelo, es inevitable que, especialmente en el caso de los parados de más larga duración¹, el trabajo pierda centralidad en sus vidas y se vean

¹ Aproximadamente el 44% de los desempleados en 2019 eran de larga duración (más de un año en desempleo), aunque los efectos desmotivadores son especialmente graves en quienes pueden alcanzar dos, tres o cuatro años en desempleo y cuyas perspectivas de

obligados a buscar actividades alternativas para ocupar su tiempo libre. Tampoco pueden olvidarse los trabajadores de la economía sumergida², quienes no tendrán acceso ordinariamente a la representación por parte de las organizaciones sindicales.

Todo lo anterior ha tenido como consecuencia profundas transformaciones sociales que han modificado de forma significativa la relación de la ciudadanía con el mundo del trabajo y su identidad como trabajadores. Ya en 1982 André Gorz hablaba de “proletariado post-industrial” para hacer referencia a una parte importante de trabajadores que ya no cuentan con empleos estables y a tiempo completo y que, como consecuencia de ello, y especialmente por la disolución de los vínculos colectivos que en el modelo de trabajo industrial se creaban, tampoco construyen su identidad sobre el trabajo. En los últimos años, la agudización de fenómenos como el de los falsos autónomos, la precarización del trabajo autónomo o el modelo laboral impuesto por las plataformas de la economía digital han acelerado en importante medida esta descomposición, una “soledad laboral”³ que tiene un impacto muy negativo en la capacidad representativa de las organizaciones sindicales.

Gorz sostenía que «estamos ante una transformación social que conduce a una situación en que el empleo ocupa únicamente un sitio modesto en las vidas de las personas», y que «el trabajo [...] está perdiendo su centralidad, aunque se trata más de una cuestión de declive de la función socializadora del trabajo que del rechazo al trabajo»⁴. Más allá de la función socializadora a la que alude el autor, en el sentido de la toma de conciencia de pertenencia a un colectivo con problemáticas comunes derivadas de su condición subordinada en las relaciones laborales y por ende en la sociedad, y que es un fenómeno quizás de más largo recorrido, parece agudizarse en los últimos años un sentimiento de marginalidad del trabajo en un número creciente de personas, especialmente jóvenes, en el sentido de que nuestra organización social resulta incapaz de «crear puestos de trabajo a tiempo completo estables, útiles socialmente, económicamente racionales para la mitad de la población trabajadora» y ello se corresponde, en consecuencia, «con el deseo de una porción significativa de los trabajadores más jóvenes

retorno al mercado de trabajo son prácticamente inexistentes. *Vid.* INE, [Parados de larga duración \(mayor o igual a 12 meses\) según grupos de edad](#).

² Que alcanza un porcentaje del PIB sobre el que no hay unanimidad pero según los distintos estudios realizados siempre por encima del 19% (*vid.* S. LAGO PEÑAS (dir.), [Economía sumergida y fraude fiscal en España. ¿Qué sabemos? ¿Qué podemos hacer?](#), Funcas, 2018).

³ M.Á. GIL ZAFRA, *Mareas, movimientos sociales y sindicalismo*, Estudio – Fundación 1º de Mayo, 2016, n. 97.

⁴ A. GORZ, *The New Agenda*, en *New Left Review*, 1990, vol. I, n. 184, pp. 42-43.

de no vincularse, a tiempo completo o de por vida, a una carrera profesional o a un empleo que sólo raramente les va a requerir hacer uso de todas sus capacidades personales y que no puede ser visto como realización personal⁵. Por ello es cada vez mayor el número de jóvenes que buscan actividades alternativas con las que poder desarrollar sus potencialidades y obtener satisfacción personal.

Estas reflexiones redactadas hace 30 años no pueden ser de mayor actualidad, especialmente ante el panorama del empleo “post-crisis”, caracterizado por una creciente precarización⁶. Otro fenómeno a considerar en esta línea, aunque sea objeto de seria polémica, es la disminución del empleo como consecuencia de la robotización⁷. En todo caso, y al margen de que demos mayor o menor credibilidad a las previsiones más catastrofistas, existen algunos datos contundentes que apuntalan esta tendencia ya en los últimos años⁸.

⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁶ Numerosos datos son indicativos de ello, por ejemplo, el aumento del trabajo a tiempo parcial en un 19,1% en el período 2007-2016 (*vid.* RANDSTAD, [La tasa de profesionales a tiempo parcial en España desciende por tercer año consecutivo y se sitúa en el 14,8%](#), en [www.randstad.es](#), 7 febrero 2018); el porcentaje de pobreza de la población en edad de trabajar (en España la segunda más elevada de Europa) (fuente: OCDE, 2018); que un 4,8% de los contratos en vigor tengan una duración inferior a 3 meses (fuente: Eurostat, 2018); o que la contratación temporal de los menores de 29 años alcance el 68,2% (fuente: EPA, 2017). Aunque como sostienen M. LOZANO, E. RENTERÍA, *El imparable aumento de los años en precariedad laboral de los adultos jóvenes en España, 1987-2017*, en *Perspectives Demographiques*, 2018, n. 12, el aumento de la precariedad no es una novedad post-crisis sino que ha sido sostenido en los últimos 30 años, y además con un marcado perfil de género. En su estudio de la población nacida entre 1957 y 1977 se concluye que los hombres nacidos en 1957 pasaron una media de 0,8 años en empleo precario entre los 30 y los 39 años de edad frente a los 2,1 años de los nacidos en 1977, mientras que las mujeres nacidas en 1957 pasaron 1,4 años en empleo precario frente a los 3,5 años de las nacidas en 1977. Resultará interesante seguir la serie en los próximos años para conocer los resultados de los nacidos en 1987 o 1997.

⁷ Algunas reflexiones sobre el particular en LL. TORRENS, E. GONZÁLEZ DE MOLINA, *La garantía del tiempo libre: desempleo, robotización y reducción de la jornada laboral*, en *Sin Permiso*, 2017, n. 6. W. DAUTH, S. FINDEISEN, J. SÜDEKUM, N. WOESSNER, [The rise of robots in the German labour market](#), en [vox.eu.org](#), 19 septiembre 2017, aportan interesantes datos sobre la experiencia alemana. Su conclusión es que la robotización no ha destruido hasta el momento un número significativo de puestos de trabajo en el conjunto del mercado de trabajo alemán, aunque sí lo ha hecho en la industria, pero ha contribuido decididamente a la reducción de salarios. *Vid.*, desde el ámbito del iuslaboralismo, J. MERCADER UGUINA, *El impacto de la robótica y el futuro del trabajo*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2017, n. 269.

⁸ *Vid.* A. PRADA BLANCO, *Hipercapitalismo cognitivo e infomonopolios: Industria 4.0 y sociedad*, Estudio – Fundación 1º de Mayo, 2017, n. 101, quien en su estudio sobre las transformaciones que la industria 4.0 está operando sobre la sociedad pone de manifiesto como en los últimos años se ha venido produciendo un distanciamiento entre el

Por todo ello, resulta pertinente preguntarnos cuál debería ser el modelo de representación en una sociedad con menor empleo, con relaciones de trabajo caracterizadas por la fragmentación y la precariedad, con serias dificultades en la organización colectiva de los trabajadores en cuanto a tales y con la extensión de los autónomos (falsos o no) precarios⁹, así como la aparición de otros sujetos que pueden competir pero también colaborar con los sindicatos en la representación de los intereses de la ciudadanía. ¿Debemos mantener un modelo de representación laboral de los trabajadores por cuenta ajena separado de cualquier otra aproximación a la representación de intereses profesionales no necesariamente de trabajadores por cuenta ajena? ¿Deben interactuar las representaciones de los trabajadores por cuenta ajena con los movimientos sociales, vecinales, etc formados por ellos mismos y otros que no tienen o no se reconocen en la condición de trabajador por cuenta ajena? Escribió Gorz que «El “sujeto” de un proyecto socialista de sociedad ya no se desarrolla en la relación capitalista de producción como consciencia de clase de los trabajadores como tales sino más bien en un trabajador que como ciudadano, por ejemplo, en su vecindario, se ve privado de su mundo vital social y natural por las consecuencias del desarrollo capitalista, como también el resto de sus congéneres» y que «debería ser tarea de los sindicatos animar el sentimiento de pertenencia extendida»¹⁰, en referencia a que el sindicato no debería aspirar a representar únicamente a los trabajadores en su puesto de trabajo sino también como ciudadanos pertenecientes a un grupo social mayoritario pero subalterno en las relaciones de poder que rigen nuestra sociedad.

¿Es ello así? ¿Debe el sindicato abrir el foco de los intereses que aspira a

crecimiento económico y el crecimiento del empleo. Este fenómeno puede ilustrarse con la caída del 34% de las horas trabajadas en la industria entre 2002 y 2015 frente a un mismo volumen de producción industrial.

⁹ Se calcula que el 70% de los autónomos pertenecen a la clase trabajadora en una clasificación social clásica que distingue clase trabajadora, clase media y clase alta (*vid.* A. ANTÓN, *Sujetos y clases sociales*, Estudio – Fundación 1º de Mayo, 2014, n. 83). Asimismo, los datos de la Agencia Tributaria – publicados en 2013 – sobre bases imponibles apuntarían a que el 52,1% de los autónomos pertenecen a la clase trabajadora baja – frente al 38,3% de los trabajadores por cuenta ajena – y un 33,4% a la clase media-baja, frente al 26,4% de los asalariados. Si bien a nadie puede escapar que estas cifras pueden encubrir un cierto nivel de fraude fiscal por parte de muchos autónomos, resulta bastante claro que es numeroso el grupo de los que viven situaciones notablemente precarias, con poco control de sus medios de trabajo, limitada autonomía y dependencia mercantil o laboral. Como señala el autor, «este sector [...] está más subordinado y dependiente que otras capas asalariadas» (*ibidem*, p. 18). Nótese que el autor no hace referencia a subordinación en términos jurídicos sino más bien socioeconómicos.

¹⁰ A. GORZ, *op. cit.*, p. 41.

representar? En mi opinión el sindicato, como organización de *trabajadores* y *trabajadoras* que es, no debe perder el norte de la naturaleza que lo caracteriza y debe seguir representando fundamentalmente los intereses del trabajo, pero también los intereses de la clase trabajadora en su condición de ciudadanos y ciudadanas, como de hecho el sindicalismo confederal ha venido haciendo durante décadas. De lo contrario correría el riesgo de perder su naturaleza sindical para convertirse en un actor puramente político. Ello no impide sostener que los intereses de los trabajadores no son sólo aquellos directamente vinculados con su puesto de trabajo sino todos aquellos relacionados con sus condiciones de vida en sentido amplio, condiciones que vienen determinadas por su condición de trabajadores, que dependen de terceros para la obtención de su renta de subsistencia, ya sea de forma directa o indirecta (desempleados, pensionistas, personas dependientes económicamente de un/a trabajador/a). Por ello, los intereses de los trabajadores deben considerarse intereses generales de la ciudadanía, puesto que quienes ostentan intereses comunes desde la posición social que se acaba de definir constituyen la inmensa mayoría de la ciudadanía¹¹. Es en este sentido pues que los sindicatos pueden aspirar a defender intereses de quienes no son trabajadores por cuenta ajena, en tanto en cuanto éstos sean – como tantas veces son – coincidentes con los intereses de los trabajadores por cuenta ajena. En sentido genérico, todos son trabajadores.

Siguiendo esta línea de reflexión, no sólo deberían las organizaciones sindicales redoblar los esfuerzos para atraer hacia ellos a los segmentos más precarizados de la población asalariada¹², tarea de indudable complejidad, sino que las nociones de “trabajo” y de “trabajador/a” deben ser reconsideradas de tal forma que el sindicato aspire a representar los intereses de quienes no tienen un vínculo de carácter laboral pero ocupan una posición de subordinación en la estructura social determinada por la obtención de sus ingresos de subsistencia a través de su actividad personal e incluso en aquellas etapas vitales en que tales ingresos puedan no existir. En el primer punto resulta necesario que los sindicatos sean capaces de demostrar su utilidad en la defensa de los intereses de trabajadores

¹¹ H. YSÀS MOLINERO, *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*, Bomarzo, 2010.

¹² H.-D. KÖHLER, J.P. CALLEJA JIMÉNEZ, *Los movimientos sociales en la revitalización sindical*, en *Arxius de Sociologia*, 2017, n. 36-37, sostienen por ejemplo que en Italia los sindicatos han sido mucho más exitosos que en España en la atracción del colectivo de trabajadores jubilados. Respecto al surgimiento de asociaciones de desempleados que no se sienten representados por las organizaciones sindicales *vid. infra* y también H. YSÀS MOLINERO, *La intervención de las organizaciones de la sociedad civil en la regulación del empleo y la protección social de los trabajadores mayores*, en T. TORRAS CORONAS, Á. BELUNZEGUI ERASO, J. MORENO GENÉ (dirs.), *Finding solutions for a post-crisis society*, Universitat Rovira i Virgili, 2015.

temporales, con períodos de desempleo, a tiempo parcial, etc., en definitiva, con un débil o inexistente vínculo con su puesto de trabajo y sin que éste tenga la más arriba mencionada función socializadora y forjadora de conciencia colectiva. Respecto a la segunda cuestión, algunos colectivos como los autónomos o los pensionistas ya pueden encontrar espacios de representación en el seno del sindicato, como expresamente reconoce la Ley Orgánica de Libertad Sindical en su art. 3.1, pero desde un punto de vista práctico posiblemente necesiten de una mayor intensificación. Por otro lado, el hecho de que la posibilidad de que los sindicatos representen los intereses de colectivos que no son trabajadores por cuenta ajena (los mencionados, pero también los funcionarios) demuestra la viabilidad jurídica de que la organización sindical se abra a otros colectivos.

En este punto resulta preciso apuntar que los sindicatos son fundamentalmente reconocidos por los sujetos a quienes aspiran a representar a partir de su actividad concreta, que es su fuente primordial de legitimación no jurídica sino real. En este sentido conviene señalar como Alós¹³ concluye que cuanto mayor es la intensidad de la actividad sindical en una empresa y cuanto mayor es el conocimiento por parte de los trabajadores de dicha actividad sindical, más positivamente valoran los trabajadores la actividad de los sindicatos. De ello resulta ineludible concluir que las tareas de representación de estos “otros” colectivos no pueden limitarse a una representación formal, sino que deben materializarse en una actividad continuada y concreta.

Si bien resulta claro que los sindicatos deben plantearse cambios (porque el contexto ha cambiado) para mantener su objetivo de transformación social, no resulta tan claro el cómo abordar dichos cambios¹⁴. En las líneas siguientes se intentarán aportar algunas ideas con este objetivo.

En línea principal de reflexión en esta dirección debería abordarse la manera cómo reforzar el vínculo entre las organizaciones sindicales y los colectivos de trabajadores que por las características de su actividad difícilmente establecerán un vínculo con ellos a través de la representación en la empresa. En respuesta a esta pregunta aparecen dos vías de acción.

Por una parte, el reforzamiento del carácter sociopolítico del sindicato, a pesar de que el deterioro del apoyo social a los sindicatos¹⁵ los pueda

¹³ R. ALÓS, *Afiliación y representación del sindicalismo en España y en la Unión Europea*, Informe – Fundación 1º de Mayo, 2014, n. 96.

¹⁴ M.Á. GIL ZAFRA, *op. cit.*

¹⁵ Los dos grandes sindicatos españoles habrían perdido entre el 23 y el 24% de sus afiliados entre 2009 y 2015, aunque ello pueda explicarse en parte por la disminución del empleo. Sin embargo, también en las encuestas del CIS ofrecen cifras según las cuales son una de las instituciones sociales peor valoradas (H.-D. KÖHLER, J.P. CALLEJA JIMÉNEZ, *op. cit.*).

empujar a centrar su actividad en los sectores donde mantienen con mayor firmeza su capacidad de influencia y por lo tanto alejándose de esta vertiente más sociopolítica. Así sostienen que ocurre Köhler y Calleja Jiménez¹⁶, pero lo cierto es que en los últimos años las organizaciones sindicales mayoritarias han mantenido el esfuerzo por consolidar su vertiente sociopolítica. En este sentido, no puede desconocerse la fuerte implicación de las organizaciones sindicales de clase en España en las movilizaciones que han tenido y tienen lugar en relación a derechos extralaborales de la ciudadanía, en sanidad, educación, y muchos otros ámbitos¹⁷. Sin embargo, existen ámbitos en los que, aunque no se pueda decir que los sindicatos no se hayan implicado, muy posiblemente exista un importante margen de mejora. Es el caso de las cuestiones relacionadas con el medio ambiente y la sostenibilidad ambiental del modelo productivo, que hasta la fecha han tenido un tratamiento más bien marginal desde el movimiento sindical y que genera con frecuencia y visualiza contradicciones cuando en situaciones concretas se opone la preservación del medio o incluso la seguridad y la salud de la población a la conservación de puestos de trabajo¹⁸. Y sin embargo el deterioro del medio apunta a ser uno de los mayores problemas que pueden afectar a las condiciones de vida con especial incidencia en la salud de las personas trabajadoras. Otro ámbito en el que seguramente sí existe una mayor visibilización de las actividades desarrolladas por los sindicatos es en las cuestiones de género e igualdad, como mínimo a nivel institucional, aunque de forma claramente insuficiente en los centros de trabajo. El traslado de forma sistemática de la dimensión de género a las actividades sindicales en el día a día de la empresa contribuiría sin duda a mejorar la representación de las mujeres trabajadoras. Asimismo, la reflexión y posterior acción sobre el lugar que el trabajo reproductivo debe ocupar en nuestra sociedad no debería ser ajeno al sindicalismo, puesto que no sólo quienes lo desarrollan o bien son a la vez personas asalariadas, o bien ocupan una posición en la sociedad similar a la de las personas asalariadas sino que el trabajo reproductivo condiciona en gran medida las condiciones de trabajo de los trabajadores y, especialmente, de las

¹⁶ H.-D. KÖHLER, J.P. CALLEJA JIMÉNEZ, *op. cit.*

¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, el estudio de M.Á. GIL ZAFRA, *op. cit.*, sobre la interrelación entre los movimientos ciudadanos conocidos como las “mareas”, otros movimientos sociales y los sindicatos.

¹⁸ A título de ejemplo el largo conflicto sobre la central nuclear de Garoña. Un caso paradigmático es el de la empresa ILVA en la ciudad italiana de Taranto. Sin embargo, existen iniciativas interesantes, *vid.* por ejemplo el proyecto de prácticas medioambientales sostenibles en los centros de trabajo (www.sostenibilidad.pro), participado por el sindicato CC.OO.

trabajadoras. En esencia, el trabajo de cuidados, imprescindible para el funcionamiento del sistema de producción y consumo, forma parte del conflicto social¹⁹ en el que toman posición los sindicatos, y por ello también les corresponde intervenir en esta materia.

En definitiva, para mantener el objetivo de transformación social que siempre ha caracterizado a las organizaciones sindicales, y especialmente a la tradición sindical del sur de Europa, los sindicatos deben ampliar los aspectos que forman parte de sus reivindicaciones y de su actividad. Para Gil Zafra²⁰ el reto que deben afrontar los sindicatos para mantener su carácter transformador consiste en tratar de construir colectivamente un nuevo Contrato Social y hacerlo incorporando nuevas formas de incidir en la realidad²¹. En este sentido, coincido con él en que, más allá de las campañas de desprestigio orquestadas desde los poderes económicos y financieros y con altavoces en determinados partidos políticos y medios de comunicación, que ciertamente han calado en sectores de la población, también desde las propias bases sindicales y otros movimientos sociales con objetivos compartidos o complementarios se critican determinadas dinámicas y limitaciones en la capacidad representativa de los sindicatos que podrían al menos en parte superarse con algunos reenfoques.

Un segundo vector en el reforzamiento de la capacidad representativa de las organizaciones sindicales, con el objetivo de incluir en mayor medida a los trabajadores más precarios, podría provenir de buscar mecanismos para alcanzar el tratamiento de las cuestiones más estrictamente vinculadas a las relaciones de trabajo desde un ámbito externo a la empresa. Con ello se quiere decir que, puesto que resulta muy difícil representar desde los órganos unitarios o sindicales que se constituyen en las empresas los intereses de trabajadores temporales, es decir, que pasan circunstancialmente por ella, o de trabajadores a tiempo parcial, especialmente de aquellos que tienen jornadas muy breves, o de trabajadores que no son reconocidos como tales por la empresa, en definitiva, de los trabajadores con un vínculo demasiado débil con la empresa donde está radicada la representación unitaria o sindical como para poder ser efectivamente representados por éstas, hay que buscar alternativas de representación. A falta de cambios legales – muy necesarios

¹⁹ Vid. M.Á. GIL ZAFRA, *op. cit.*

²⁰ *Ibidem*, p. 45.

²¹ En este sentido propone, por ejemplo, la creación junto con organizaciones ecologistas, sociales y de consumidores de un “código sociolaboral” que acompañaría a los productos y servicios para que el consumidor pudiera identificar en el momento de tomar decisiones de compra cuáles cumplen con un determinado nivel de exigencia laboral, ecológica y social.

por cierto – que permitan adaptar la representación legal de los trabajadores dentro de la empresa a la modificada realidad de la actividad económica y de la estructura empresarial, sería interesante que las organizaciones sindicales se plantearan la posibilidad de idear modos, aún informales, para aglutinar a dichos trabajadores y defender sus derechos e intereses a nivel supraempresarial. Una posibilidad entre otras en este sentido podría ser la designación de delegados sindicales para sectores concretos y zonas geográficas específicas, como personas de referencia en condiciones de proximidad y conocedores de las condiciones específicas de determinados grupos de trabajadores que generalmente no dispondrán de representantes en la empresa y que con frecuencia son sometidos a contratos de breve duración (por ejemplo, monitoras de comedor de escuela o bien trabajadores de la restauración en municipios turísticos) a quienes dichos trabajadores pudieran dirigirse para resolver dudas, reclamar a la empresa donde estén en aquel momento empleados, etc. No se trataría tanto de que las organizaciones sindicales incorporen de forma más específica los intereses de estos colectivos de trabajadores a su acción institucional sino de una acción sindical de proximidad que podría ser muy relevante para la representación de los intereses de estos trabajadores.

Por otra parte, también debería reflexionarse sobre la posibilidad de desarrollar estructuras de representación unitaria supraempresariales, cuestión para cuyo desarrollo nos remitimos al § 3 de este texto.

Para cerrar este primer apartado, en cuyo título aparecían los conceptos dispersión y reinterpretación integradora de los intereses del trabajo, podemos concluir que, dado que es evidente que los intereses del trabajo subordinado – en términos socioeconómicos, que no legales – ya no son patrimonio exclusivo de los trabajadores por cuenta ajena, y que además éstos últimos trabajan en condiciones que fomentan la disparidad y dificultan el aglutinamiento de intereses, resultaría conveniente que las organizaciones sindicales, en aras a mantener su función socioeconómica, avanzaran en transformaciones en dos líneas paralelas: por una parte, con el objetivo de replantear sus áreas de acción no para renunciar a ninguna de las desarrolladas hasta el presente sino en todo caso para reorientar alguna de ellas y ampliar su campo de acción en el terreno sociopolítico, también a través de una mayor colaboración con distintos movimientos sociales (*vid. infra*, § 2); por otra parte, reorganizando sus estructuras internas para favorecer la representación de los intereses de los trabajadores más difícilmente “representables” a través de las estructuras previstas por la Ley. Todo ello para garantizar que el sindicato sigue siendo una institución cuyo objetivo último, más allá de las luchas diarias en el contexto laboral, es defender que existen alternativas sociales a la organización capitalista

neoliberal y que es un instrumento primordial para avanzar hacia la justicia social²².

2. “Viejos” y “nuevos” sujetos de la representación de los intereses del trabajo

A las organizaciones sindicales se les reconoce la función de representación y defensa de los derechos e intereses «de los trabajadores». Así se proclama en el art. 7 de la Constitución, del que se deriva una atribución de funciones a unos sujetos determinados – las organizaciones sindicales – y no a otros. Estas funciones incluyen la representación de los trabajadores en sus relaciones de trabajo, es decir, en la empresa, pero también la representación de sus intereses sociales, económicos y culturales. Ello es así porque las consecuencias de la posición en la sociedad que determina el ser trabajador asalariado no se limitan a la relación laboral con el empresario, sino que se extienden a todas las esferas de la vida social.

Dicho esto, volvemos a una cuestión ya tratada en el apartado anterior, y es que a efectos de las funciones que desarrollan los sindicatos en este espectro amplio de materias y en muchos ámbitos de actuación que van más allá de la empresa, ¿en qué se diferencian los intereses de los trabajadores de los intereses de los pequeños autónomos o de los desempleados? Sin duda tal diferencia no existe y es por ello que nuestro ordenamiento jurídico ya admite, como también se ha mencionado, que las organizaciones sindicales representen (admitan como afiliados) también a colectivos no sometidos al Derecho del Trabajo: funcionarios, trabajadores autónomos, desempleados, jubilados... ¿Cuáles son los límites de su capacidad representativa? En mi opinión las organizaciones sindicales ya incorporan al menos en cierta medida a la mayoría de colectivos que comparten intereses con los trabajadores; cuestión diversa es cuál sea la capacidad de atracción que los sindicatos alcanzan a tener con estos colectivos y en qué medida aciertan en aunar y combinar la defensa de los intereses más específicos que cada uno de ellos pueda tener con la implicación de estos grupos en los objetivos que pueden ser compartidos en tanto que miembros de las clases trabajadoras y medias, objetivos que sin lugar a dudas deben trabajarse para que los ciudadanos, sean o no trabajadores por cuenta ajena, los reconozcan como propios y colectivos. Así, tanto a nivel de los países

²² Vid. J.P. CALLEJA JIMÉNEZ, *Estrategias de revitalización de los sindicatos españoles*, Tesis Doctoral, Universitat de València, 2016.

de la Unión Europea²³ como en España²⁴ se constata que se ha producido un descenso de la militancia sindical, a la vez que un crecimiento de otros movimientos sociales como vía de expresión de las demandas sociales de los ciudadanos. Ello supone de forma evidente una amenaza para las organizaciones sindicales, pero también una oportunidad si ambas aciertan a colaborar, tal y como ha sucedido desde el inicio de la crisis con algunos sindicatos minoritarios, que han crecido en parte gracias a la legitimación obtenida como consecuencia de su colaboración con movimientos con un notable apoyo ciudadano y contribuyendo a señalar a los sindicatos mayoritarios como parte del entramado político-institucional fuertemente desprestigiado²⁵.

En definitiva, no hay en mi opinión duda jurídica sobre la capacidad representativa de las organizaciones sindicales como sujetos sociopolíticos respecto a los distintos colectivos que se han mencionado. Lo que sí debemos plantearnos es si existen y si deberían existir, instancias de representación de dichos colectivos, cuestión que se abordará en el siguiente apartado.

Sin embargo, esta posición singular que la Constitución atribuye a las organizaciones sindicales en la defensa de los intereses de los trabajadores no garantiza el apoyo de la ciudadanía trabajadora a estas organizaciones como defensoras de sus derechos y no debería conducir a descartar que otros movimientos y organizaciones puedan igualmente representar intereses dentro del amplio espectro de los que representan los sindicatos; el art. 7 CE no convierte a los sindicatos en únicos defensores de los intereses de los trabajadores, especialmente de todos aquellos intereses no directamente relacionados con las relaciones de trabajo (tampoco en este último caso; baste en este sentido recordar cómo nuestra legislación arbitra un sistema de representación unitaria de los trabajadores en las empresas).

El auge de movimientos sociales de carácter no sindical, que defienden intereses que no implican de forma directa el conflicto de intereses en el entorno laboral, pero sí conflictos de intereses que afectan a los trabajadores como ciudadanos y que derivan de la posición de éstos en la sociedad capitalista, está en plena sintonía con la pérdida de centralidad del trabajo a que se hacía referencia anteriormente. Ahora bien, ¿cuál puede ser el papel en nuestro ordenamiento jurídico de sujetos a los que no se reconoce la función constitucional atribuida al sindicato? Y, como cuestión previa, ¿cuáles podrían ser estos otros sujetos?

²³ *Vid.* M. BERNACIAK, R. GUMBRELL-MCCORMIK, R. HYMAN, *European Trade Unionism: from crisis to renewal*, ETUI Report, 2014, n. 133.

²⁴ *Vid.* H.-D. KÖHLER, J.P. CALLEJA JIMÉNEZ, *op. cit.*

²⁵ *Idem.*

Empezando por la segunda pregunta es respuesta obligada constatar que más allá del derecho de asociación como base jurídica de la existencia de grupos organizados de ciudadanos con fines específicos, el texto constitucional únicamente menciona a las organizaciones de consumidores y no se reserva un rol específico a ninguna otra de las múltiples formas que puede adoptar la ciudadanía para aglutinar y defender sus intereses. Pero no puede dejarse el argumento aquí. Debe apuntarse que el texto constitucional sí reconoce en su art. 9.2 el derecho de los ciudadanos de participar en la vida política, económica, cultural y social. Asimismo, en su art. 23, dispone que los ciudadanos pueden participar en los asuntos públicos y pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes políticos, siendo éste un precepto que se ubica entre los derechos fundamentales de la ciudadanía y que goza de los mecanismos de mayor garantía y protección. La participación directa puede adoptar muy diversas formas y todas ellas estarán cobijadas por el derecho de participación; asimismo deberá entenderse por “asuntos públicos” todos aquellos que afecten al conjunto de la población o a grupos que la conforman.

En la esfera sociopolítica, algunas organizaciones que pueden confluir con los sindicatos en la defensa de algunos intereses conjuntos pueden ser, además de las organizaciones de consumidores y usuarios, sujetos tan diversos como las organizaciones de protección del medio ambiente, los movimientos feministas y movimientos defensores de los derechos de los colectivos LGTBI, organizaciones de defensa de los refugiados e inmigrantes, las asociaciones de familias de alumnos, las plataformas en defensa de la educación, de la sanidad, del derecho a la vivienda o de la Universidad, las asociaciones de vecinos, e infinidad de otras organizaciones que a nivel local, nacional o internacional reivindican o rechazan acciones o políticas concretas en esferas mucho más amplias que la laboral pero también en la laboral, por lo que los puntos de encuentro son reales. Lo cierto es que la relación de las organizaciones sindicales con estas y otras organizaciones de la sociedad civil responde a relaciones complejas en las que en ocasiones se da un mayor nivel de coordinación – o de integración – y en otros casos éste puede ser inexistente. En la práctica se producen tanto colaboraciones más o menos intensas como situaciones de mayor recelo, que puede ir en ambas direcciones, tanto por parte de los sindicatos, quizás por un cierto temor a que determinados movimientos les sustituyan en el espacio público, como por parte de miembros de estas otras organizaciones y movimientos en los que una mezcla del interesado discurso conforme al cual los sindicatos forman parte de un entramado institucional sometido a un profundo desprestigio y la constatación de algunas dinámicas y conductas que lo pudieran confirmar, genera rechazo

hacia las organizaciones sindicales, al menos hacia las mayoritarias. Lógicamente los sujetos con quienes los sindicatos puedan establecer alianzas y convergencias no contarán con el reconocimiento jurídico-institucional del que gozan las organizaciones sindicales, pero como ya se ha expresado ello no debería llevar a los sindicatos a “imponer” su posición jurídica dominante, puesto que no sólo en interés de los trabajadores sino también desde un punto de vista estratégico la alianza con movimientos que puedan en cambio gozar de un mayor apoyo social es un factor clave para la legitimación del sindicato ante los sujetos cuyos intereses defiende. En definitiva, la legitimación jurídica de poco sirve sin reconocimiento social o, dicho de otra forma, la acción representativa de los sindicatos necesita no sólo de reconocimiento legal sino de “poder moral”²⁶.

Algunas experiencias de colaboración o sinergia han existido, como la no muy exitosa *Cumbre Social*, liderada en 2012 por las dos grandes organizaciones sindicales y con participación de hasta 150 organizaciones de la sociedad civil, o las mucho más exitosas “mareas ciudadanas”, a las que ya se ha hecho referencia, y que han tenido un funcionamiento mucho más horizontal.

Saltando del ámbito de acción más sociopolítica al más relacionado con el mundo del trabajo, resulta posible hacer breve referencia a un par de experiencias de organizaciones que intervienen o pretenden intervenir en la defensa de determinados colectivos de trabajadores. Se trata, por una parte, de las asociaciones de desempleados, en la mayoría de los casos de ámbito local, que empezaron a aparecer en 2011 y se extendieron en muchos municipios durante 2012 y 2013, en los momentos más críticos de la crisis de empleo. En la mayoría de los casos son asociaciones formadas por personas de edad superior a los 50 años con un fuerte sentimiento de injusticia por la pérdida del empleo en las últimas etapas de su vida laboral, después de haber desarrollado largas carreras estables, y con una importante desconfianza hacia los sindicatos, de quienes perciben que no se interesan de forma suficiente por su situación o que no defienden los intereses de su colectivo y critican su rol institucional. Entre sus finalidades principales se encuentra la de establecer un diálogo con las administraciones locales para hacer llegar sus reivindicaciones y participar en espacios institucionalizados donde se discute y toman decisiones de especial interés para el colectivo, como pueden ser las mesas locales de empleo. A pesar de una cierta voluntad de agregación organizativa con el fin de sobrepasar el ámbito local de actuación, lo cierto es que las iniciativas en este sentido no han llegado a consolidarse. En cuanto a su relación con los sindicatos, en general puede

²⁶ *Idem*.

afirmarse que se han basado más bien en el rechazo por parte de las asociaciones de parados y la desconfianza por parte de las organizaciones sindicales. En definitiva, se trata de un ejemplo paradigmático de no colaboración e incluso de competición entre sindicatos y otras formas de organización de la sociedad civil.

Un segundo ejemplo, totalmente distinto, es el que hace referencia a las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias. Se trata en general de organizaciones que tienen por finalidad la representación de los intereses de las personas con discapacidad desde un punto de vista global, incluyendo todo lo que tiene que ver con la inserción laboral como un aspecto más pero no el principal de sus objetivos. También en este ámbito ha tenido lugar históricamente una relación más de competición que de colaboración entre organizaciones sindicales y organizaciones del sector de la discapacidad. Lo cierto en este caso es que las Administraciones Públicas han establecido en múltiples ocasiones una interlocución directa con estas últimas, algunas de ellas grandes confederaciones con una importante capacidad de influencia, pero que agregan intereses muy heterogéneos y en ocasiones contrapuestos, en el sentido de que estas organizaciones agrupan también en no pocas ocasiones a empleadores, dejando al margen a los sindicatos. Esta tendencia parece que ha tendido a su corrección en los últimos años.

Con estos dos ejemplos se ha pretendido poner de manifiesto que la interacción entre sindicatos y otras organizaciones no resulta nada sencilla en aquellos ámbitos que tocan de lleno al núcleo de las funciones de las organizaciones sindicales. Sin embargo, en otros ámbitos debería resultar menos complicado establecer dinámicas de colaboración para la representación de los intereses de los trabajadores en cuanto tales, pero también y sobre todo en su condición de ciudadanos.

3. El marco jurídico de la representación: insuficiencias e inadaptaciones

En este último apartado nos preguntamos si los medios que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para la defensa de los intereses del trabajo son suficientes y eficaces, así como si nuestro ordenamiento jurídico ha sabido responder no sólo a la transformación de las estructuras empresariales sino también a la transformación de las formas de producción.

Estas preguntas admiten reflexiones y respuestas en múltiples dimensiones. De entrada, podemos distinguir entre la representación de intereses asociados al puesto de trabajo o a la condición profesional y aquellos otros

que se vinculan a las condiciones de vida de los trabajadores y que, como se ha argumentado anteriormente, son compartidos por éstos con quienes ocupan una posición equivalente en la sociedad sin ser trabajadores por cuenta ajena.

Respecto a los primeros, y en relación con los trabajadores por cuenta ajena, el punto de vinculación de la representación ha sido y sigue siendo la empresa, como escenario en que los intereses de los trabajadores se confrontan con los de quien ejerce el poder organizativo, de control y sancionador. Así ha venido siendo regulado por las normas de ordenación de la representación de los trabajadores, aunque frecuentemente, como sucede en España, éstas han fijado el centro de trabajo y no la empresa como ámbito en el que constituir los órganos de representación unitaria y en consecuencia donde aplicar las normas sobre plantilla mínima para la constitución del órgano representativo. Esta opción, que siempre ha presentado problemas, los agudiza en la medida en que se extienden modelos de organización de la empresa y de organización de la producción que implican la reducción de las dimensiones de los centros de trabajo debido principalmente a la externalización productiva, a la conversión de puestos de trabajo en colaboraciones con trabajadores autónomos – falsos o verdaderos – o a la fragmentación intencionada de las unidades productivas, el aumento del número de trabajadores que trabajan desde sus domicilios o sin centro de trabajo fijo, la especialización de la producción o el desarrollo del sector servicios ante el estancamiento o retracción de los sectores industriales. Las consecuencias de todos estos fenómenos son graves en cuanto al aumento del porcentaje de trabajadores sin representantes en el puesto de trabajo²⁷. Las debilidades del modelo de representación en el centro de trabajo sólo pueden paliarse mediante intervenciones normativas que, como hace la legislación francesa, ofrezcan alternativas para modificar el ámbito de la representación, ya sea a través de la negociación colectiva o a través de las previsiones legales que permiten la agrupación de centros de trabajo en distintas formas.

Los fenómenos arriba apuntados, junto con el cada vez mayor número de trabajadores precarizados, temporales y/o a tiempo parcial, y la consecuente pérdida de vinculación de estos trabajadores con el puesto de trabajo y su entorno, aconseja que se exploren alternativas para garantizar la efectiva representación de los trabajadores en relación a sus puestos de trabajo, pero también en relación a su condición de trabajadores inestables. Sin entrar aquí en el estudio de las posibilidades que se pueden concebir para la agrupación de centros de trabajo en las empresas pluricelulares, o el

²⁷ Vid. R. ALÓS ET AL., *La representación sindical en España*, Fundación 1º de Mayo, 2015.

establecimiento de representaciones a nivel de grupo de empresa o de empresa principal junto con empresas contratistas o subcontratistas que compartan centro de trabajo, o incluso de empresas que simplemente comparten lugar de trabajo y problemáticas asociadas a esta singularidad, una alternativa a plantear podría ser la de la representación de los trabajadores a nivel sectorial y local. Ya se ha apuntado a esta posibilidad en relación con la representación sindical, lo que resulta de mucha más fácil articulación por cuanto, si bien para que los delegados sectorial-locales tuvieran determinadas prerrogativas y garantías también sería necesario su reconocimiento legal. Pero no es menos cierto que, finalmente, la posibilidad de crear estas figuras y de tomar las iniciativas necesarias para acercarlas a los trabajadores queda en manos de los propios sindicatos.

Un caso ciertamente distinto sería el de la representación unitaria. ¿Sería posible la creación de una figura equivalente a los delegados de personal y comités de empresa vinculados a un centro de trabajo en un ámbito supraempresarial? Nada lo impide, en mi opinión, aunque ciertamente sería difícil de articular. De entrada, porque el ámbito concreto donde un “comité sectorial-local” se podría constituir y tener utilidad sería todo lo variable que se pueda imaginar. Por esta razón son concebibles básicamente dos alternativas. Seguramente la más razonable consistiría en dejar en manos de la negociación colectiva sectorial la regulación de semejantes órganos de representación en el sector. De esta forma, en función de la mayor o menor diversidad dentro del propio sector, de las características de las empresas, y de la incidencia en dicho ámbito de los fenómenos distorsionadores de la representación en el centro de trabajo más arriba mencionados, resultaría posible determinar la cantidad, estructura y dimensión territorial de dichos órganos. Las elecciones deberían tener lugar en todas las empresas o centros de trabajo sin representación; aunque en una primera impresión pudiera parecer que una convocatoria electoral de estas características resultaría complicada de materializar, qué duda cabe de que las nuevas tecnologías podrían fácilmente solventar esta cuestión.

Una segunda alternativa consistiría en la regulación de órganos de representación supraempresariales a través de normas de rango legal, como actualmente ocurre respecto de la representación en los centros de trabajo. Sin embargo, una regulación unitaria y de derecho necesario de esta naturaleza resulta difícil de concebir. Se trataría necesariamente de una regulación o bien muy genérica, con los problemas que ello supondría para su concreción, o bien, si se pretendiera redactar de forma más detallada, difícilmente podría adaptarse a las muy diversas realidades sobre las que se aplicaría, por lo que no podría cumplir con su función última que no es otra que la de garantizar que el máximo número de trabajadores dispongan de

representantes.

Por ello resulta más que razonable pensar en una regulación legal de mínimos acompañada de una obligación de negociar su concreción en los convenios sectoriales. Lo que en cambio sí resultaría más fácilmente regulable a nivel legislativo son las competencias de los representantes supraempresariales, así como sus derechos y garantías, que podrían no separarse mucho de los que se reconocen actualmente a los representantes de los trabajadores, pero aplicados al conjunto de empresas incluidas en el ámbito de la representación.

En este punto deberíamos preguntarnos si, en línea con lo discutido en el apartado 1, estos órganos unitarios deberían también representar a los trabajadores autónomos dependientes, y con ello no vengo a referirme a los reconocidos formalmente como TRADEs sino a todos aquellos que trabajan en el sector en una evidente posición de subordinación socioeconómica. Esta idea rompe sin duda con la naturaleza jurídica de los órganos de representación, pero no necesariamente con su función de defensa de los trabajadores ante los empresarios de quienes éstos dependen y respecto a los cuales la relación de fuerzas es claramente desequilibrada. Su inclusión requeriría no sólo un mayor desarrollo a nivel conceptual sino un trabajo técnico muy importante de encaje tanto a nivel estructural como competencial. Queda aquí simplemente apuntado.

Dejando aparcada la cuestión de la representación unitaria, otra cuestión a plantear es la que se refiere a la representación de los intereses del trabajo entendidos en sentido amplio tal y como se ha defendido en este texto o la actuación sociopolítica de las organizaciones sindicales. En este punto deberíamos distinguir entre formas de participación que se podrían incluir en el paraguas conceptual de la participación institucional y otras vías de participación más informales.

En cuanto a la primera de ellas, sería interesante pensar en una extensión de órganos participativos en el territorio, donde los sindicatos, junto con otras entidades y asociaciones de carácter local, encontrarán un lugar de intercambio con las Administraciones Públicas locales en el contexto de un marco competencial que, aunque limitado, no es nada desdeñable y afecta de forma muy directa a la ciudadanía, en materia de empleo evidentemente (planes locales de empleo, de dinamización del comercio, etc) pero también en muchas otras materias (salud, educación, servicios sociales, etc.). Estos marcos de intercambio pueden adquirir una forma más o menos formalizada, lo que traducido significaría un rango de iniciativas que iría desde los órganos de participación institucional hasta las muy diversas formas de diálogo social.

De hecho, existen muchas experiencias en el ámbito local, sobre todo

comarcal o a través de agrupaciones de municipios, de pactos industriales y pactos por el empleo, con configuraciones jurídicas muy diversas (pactos con mecanismos más o menos formalizados de seguimiento, asociaciones, consorcios o agencias de desarrollo local). La diversidad es enorme también en cuanto al ámbito territorial y a las materias tratadas y las razones de tal diversidad también. En cuanto al ámbito territorial, factores como el liderazgo por parte de alguna Administración Pública como los consejos comarcales, la mayor o menor heterogeneidad de los municipios agrupados, determinando una mayor o menor disparidad de necesidades, el entendimiento, o falta del mismo, a nivel político e incluso a nivel técnico determinan muchas veces la configuración de las formas participativas. A nivel funcional las temáticas más frecuentemente abordadas son las políticas de empleo, las infraestructuras, la movilidad, la formación, el desarrollo económico territorial o la colaboración entre centros de creación de conocimiento y las empresas. En todo caso, siempre en torno a cuestiones que genéricamente podríamos identificar como desarrollo económico, conocimiento y empleo. La cantidad y dispersión de experiencias hacen difícil su recopilación; en Cataluña podemos identificar algunas como Node Garraf, Eix Riera de Caldes, Àmbit B30, Pacto por la Reindustrialización del Vallès Occidental o el Pacto para el Desarrollo Económico y el Empleo del Maresme. Se trata solamente de algunos ejemplos, de resultado también muy variable. En todo caso se trata de experiencias que tienen un valor importante, por cuanto suponen la implicación de las organizaciones sindicales (junto con las asociaciones empresariales, las administraciones locales, en ocasiones las cámaras de comercio, Universidades, los centros de enseñanza secundaria del territorio, los colegios profesionales o centros de investigación e innovación, entre otros).

Estas experiencias, sin lugar a dudas interesantes por cuanto suponen un cierto grado de participación de los interesados (trabajadores, empresarios, administraciones) a través de la fórmula de la representación, y que se han desarrollado en ámbitos económicos, deberían poderse trasladar a otros ámbitos sociales (los servicios a las personas, la educación en sus etapas no estrictamente profesionalizadoras, la vivienda, etc.). En cuanto a la participación de las organizaciones sindicales en pactos u otras formas participativas sobre estas materias, identificamos un salto en cuanto a los intereses representados: de los intereses vinculados no al puesto de trabajo del representado sino genéricamente al empleo (y a las condiciones para que éste pueda crearse o mantenerse en un determinado entorno) a las condiciones de vida de los trabajadores. Este salto es perfectamente factible desde el punto de vista jurídico, tal y como se ha argumentado y

referenciado con anterioridad y, de hecho, es el que justifica la presencia de las organizaciones sindicales en tantos órganos de participación institucional a nivel estatal como por ejemplo el Comité Consultivo del Sistema Nacional de Salud, el Consejo de la Juventud o el Consejo Asesor del Medio Ambiente. Trasladar la participación social, que existe, pero se desarrolla en un marco muy institucionalizado y alejado del día a día de la ciudadanía/trabajadora a ámbitos más próximos, con resultados más tangibles, supondría una profundización en el cumplimiento de las funciones de los sindicatos y de otras formas de organización de la sociedad civil en términos de participación y sería una importante contribución a la relegitimación de las organizaciones sindicales.

En cuanto a los otros sujetos que podrían participar en semejantes iniciativas, es bien cierto que la cuestión de la identificación de los sujetos a integrar en iniciativas públicas o con participación de las Administraciones Públicas es siempre una cuestión de gran complejidad. Ello sucede desde las iniciativas de diálogo civil que emprenden las instituciones de la Unión Europea hasta las iniciativas a nivel local. En el caso de las organizaciones sindicales la base jurídica de su capacidad participativa es clara, como también lo es la legitimidad de la concreta organización participante, a través del mecanismo de la representatividad. No obstante, en el caso de asociaciones y entidades diversas ni la base jurídica es tan clara, por cuanto es más genérica – aunque no por ello inexistente, tal como se ha argumentado *supra* –, ni existen mecanismos de representatividad que legitimen la selección de los participantes. Éste es sin embargo un obstáculo de difícil resolución y que se debe superar con un criterio no restrictivo, pero sí con una cierta exigencia de implantación o si más no de relevancia de los intereses representados, que hagan razonable la participación de aquella entidad concreta. A nadie se le puede escapar la vaguedad de los criterios expuestos, pero tampoco la dificultad y probablemente el efecto contraproducente de regular sobre una realidad tan diversa y contingente.

Al margen de las fórmulas de participación más institucionalizadas, o dicho de otra forma, de aquellas en que las Administraciones Públicas asocian a terceros en el desarrollo de políticas de su competencia, resultaría también muy interesante el desarrollo de fórmulas de colaboración entre las organizaciones sindicales, como portadores de intereses de los trabajadores en sentido amplio y más allá del puesto de trabajo, con otras muy diversas organizaciones que defienden intereses de la ciudadanía o de una parte significativa de ella en ámbitos que afecten a sus condiciones de vida en los distintos aspectos mencionados, como la salud, el medio ambiente y el entorno de vida, la educación o la vivienda.

4. Bibliografía

- ALÓS R., *Afiliación y representación del sindicalismo en España y en la Unión Europea*, Informe – Fundación 1º de Mayo, 2014, n. 96
- ALÓS R., BENEYTO P., JÓDAR P., MOLINA O., VIDAL S., *La representación sindical en España*, Fundación 1º de Mayo, 2015
- ANTÓN A., *Sujetos y clases sociales*, Estudio – Fundación 1º de Mayo, 2014, n. 83
- BERNACIAK M., GUMBRELL-MCCORMIK R., HYMAN R., *European Trade Unionism: from crisis to renewal*, ETUI Report, 2014, n. 133
- CALLEJA JIMÉNEZ J.P., *Estrategias de revitalización de los sindicatos españoles*, Tesis Doctoral, Universitat de València, 2016
- DAUTH W., FINDEISEN S., SÜDEKUM J., WOESSNER N., *The rise of robots in the German labour market*, en voxeu.org, 19 septiembre 2017
- GIL ZAFRA M.Á., *Mareas, movimientos sociales y sindicalismo*, Estudio – Fundación 1º de Mayo, 2016, n. 97
- GORZ A., *The New Agenda*, en *New Left Review*, 1990, vol. I, n. 184, pp. 37-46
- GORZ A., *Adieux au proletariat*, Galilée, 1980
- KÖHLER H.-D., CALLEJA JIMÉNEZ J.P., *Los movimientos sociales en la revitalización sindical*, en *Arxius de Sociologia*, 2017, n. 36-37, pp. 111-121
- LAGO PEÑAS S. (dir.), *Economía sumergida y fraude fiscal en España. ¿Qué sabemos? ¿Qué podemos hacer?*, Funcas, 2018
- LOZANO M., RENTERÍA E., *El imparable aumento de los años en precariedad laboral de los adultos jóvenes en España, 1987-2017*, en *Perspectives Demographiques*, 2018, n. 12, pp. 1-4
- MERCADER UGUINA J., *El impacto de la robótica y el futuro del trabajo*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2017, n. 269, pp. 150-174
- PRADA BLANCO A., *Hipercapitalismo cognitivo e infomonopolios: Industria 4.0 y sociedad*, Estudio – Fundación 1º de Mayo, 2017, n. 101
- RANDSTAD, *La tasa de profesionales a tiempo parcial en España desciende por tercer año consecutivo y se sitúa en el 14,8%*, en www.randstad.es, 7 febrero 2018
- TORRENS LL., GONZÁLEZ DE MOLINA E., *La garantía del tiempo libre: desempleo, robotización y reducción de la jornada laboral*, en *Sin Permiso*, 2017, n. 6, pp. 1-9
- YSÀS MOLINERO H., *La intervención de las organizaciones de la sociedad civil en la regulación del empleo y la protección social de los trabajadores mayores*, en T. TORRAS CORONAS, Á. BELUNZEGUI ERASO, J. MORENO GENÉ (dirs.), *Finding solutions for a post-crisis society*, Universitat Rovira i Virgili, 2015

YSÀS MOLINERO H., *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*, Bomarzo, 2010

Web sites

Sostenibilidad.pro: <http://www.sostenibilidad.pro/>

Centenario del Ministerio de Trabajo (1920-2020)

dirigido por Santiago Castillo

Una reseña

Se trata de una obra colectiva dirigida por el profesor Santiago Castillo y en la que prestigiosas y prestigiosos profesores pasan revista a sus distintas etapas a lo largo de sus cien años de vida, cerrado el mes de mayo de 2020, justamente en las fechas en que hace cien años, por RD de 8 de mayo de 1920 se creaba el Ministerio de Trabajo y que se vinculaba muy estrechamente en su introducción a la atención que todos los Estados y sus respectivos gobiernos prestaban en aquellos momentos «a las cuestiones sociales y muy determinadamente a cuanto con el trabajo se relaciona, hasta el punto de haber sido objeto de cláusulas especiales en el Tratado de Paz y de Conferencias Internacionales de carácter permanente». El nuevo Ministerio, se explicaba en dicha introducción y se concretaba después en su muy breve articulado (3 artículos) recogía y aunaba distintos Centros y Organismos dependientes del Estado y agregados a distintos Ministerios que «dedican hoy su actividad a la acción social en relación con el trabajo, y para que después, con tan sólida base, desarrolle mayores actividades y eficacia en orden a las cuestiones de su competencia».

Como acabo de indicar, el director de la obra es el profesor Santiago Castillo, catedrático de Ciencia Política de la Universidad Complutense de Madrid, quien se ha encargado también de su prólogo y del primer capítulo, el dedicado a los antecedentes, creación y primeros pasos del Ministerio de Trabajo en España 1920-1923; obra redactada, tal como enfatiza el profesor Castillo, por «verdaderos especialistas tanto en la materia como en los períodos asignados».

Dicho prólogo es una excelente y muy cuidada síntesis de las diez etapas del Ministerio de Trabajo, con esta u otras denominaciones, y por tanto contenidos, funciones y competencias, que ha tenido a lo largo de la historia, desde su creación en 1920 hasta la finalización del mandato de la Ministra de Empleo y Seguridad Social, Fátima Báñez, el 1º de junio de 2018, una vez que prosperó la moción de censura presentada por el grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados del Partido Socialista Obrero Español al entonces Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy.

En el primer capítulo, el profesor Castillo no solo se refiere al período histórico que encuentra su punto de referencia en la creación del Ministerio de Trabajo, sino que con buen criterio se adentra en la problemática social del siglo XIX y cómo las primeras etapas de abstencionismo legal en la regulación de las relaciones de trabajo fueron dejando paso poco a poco a un primer intervencionismo centrado en la protección de los menores y de las mujeres, y más adelante en la protección de las condiciones de trabajo, siendo cuestión polémica, y sobre la que hay en la doctrina laboralista diferentes puntos de vista, la razón de dicho intervencionismo, si era la de mejorar realmente la vida de las personas trabajadoras o bien la de evitar una conflictividad social cada vez más frecuente por la aparición de las primeras manifestaciones colectivas del movimiento obrero organizado.

El profesor Castillo disecciona con rigurosidad tanto el período histórico anterior a la creación del Ministerio de Trabajo como sus orígenes más cercanos, en especial la creación del Instituto de reformas sociales en 1903, que califica con toda razón de «básico para el análisis de la realidad y para el planteamiento de nuevas normativas», y concluye que la creación se produjo en una difícil situación política, por lo que sus primeros años «serán de precaria andadura, pues difícilmente podía consolidarse un nuevo Ministerio en situación de tan abierta crisis social que acabaría con la instauración de una Dictadura».

Es justamente la Dictadura del General Primo de Rivera la que es objeto de atención por la profesora María Jesús Espuny, Espuny, profesora titular de Historia del Derecho del Trabajo y de las Instituciones en la UAB; período histórico en el que cabe resaltar la publicación por RD-Ley de 23 de agosto de 1926 del Código de Trabajo, del que la mejor doctrina laboralista (Luis Enrique de la Villa y Carlos Palomeque) citada por la profesora María Jesús Espuny resaltó que «sentó un papel trascendente en la transición de la legislación obrera hacia un cuerpo normativo y coherente unitario en la regulación de las relaciones de trabajo que constituyó el Derecho del Trabajo».

Se trata de una etapa en la que pasa a denominarse Ministerio de Trabajo, comercio e industria, y más adelante Ministerio de Trabajo y Previsión. poniendo de relieve la autora que «la intensificación de las reformas administrativas en materia laboral se mantuvo en los dos períodos, Directorio Militar y Directorio Civil, acrecentándose en los momentos finales del régimen».

Y ello, sin olvidar en modo alguno la importante creación de la organización corporativa nacional, y tampoco la regulación del trabajo a domicilio por RD-Ley de 26 de julio de 1926 con su reglamento de aplicación de 20 de octubre de 1927, definido como «el que, siendo de la naturaleza permitida

por el mismo, ejecuten los obreros, en el local en que estuviesen domiciliados, por cuenta del patrono, del cual recibirán retribución por la obra ejecutada», normativa que se encuadraba, según la exposición de motivos del Real Decreto-Ley, «dentro de la finalidad tuitiva que persigue en beneficio de una gran masa de trabajadores, en su mayoría pertenecientes al sexo femenino, que hasta ahora aparecían fuera de la protección tutelar del Estado».

La historia laboral de la II República y de la Guerra Civil, es decir del período que va desde 1931 a 1939, con examen diferenciado de la normativa aplicable en el periodo 1931-1936 por una parte, y de la que se aplicó en los territorios de cada de una de las partes enfrentadas desde el 18 de julio de 1936, por otra, es objeto de análisis por la profesora Josefina Cuesta, Catedrática de Historia Contemporánea de la Universidad de Salamanca, (tristemente fallecida el 30 de marzo) siendo la figura del Ministro socialista Francisco Largo Caballero clave para entender los importantes avances sociales que se produjeron en la primera etapa de este período, señaladamente la Ley de Contrato de Trabajo de 1931. Si bien, mucho más importante desde la perspectiva política general fue la aprobación de la Constitución republicana, cuyo art. 1 proclamaba que España era «una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia», y que dedicaba un artículo al trabajo, el 46.

Sería este precepto el que se desarrollaría, con avances y retrocesos según el momento político, en la normativa posteriormente aprobada, con normas tan importantes, además de la ya citada ley de contrato de trabajo, como la de asociaciones profesionales, colocación obligatoria y accidentes de trabajo, en un proceso histórico que es calificado acertadamente a mi parecer de modernización del derecho laboral, y que con la guerra civil queda truncado, y tal como explica el profesor Castillo al sintetizar en el prólogo el artículo de la profesora Cuesta, «España retorna al modelo asistencial autoritario y corporativista de los fascismos europeos y se trunca en ella el proyecto modernizador, que estará en la base de los Estados sociales y de bienestar que se extienden por Europa en la segunda postguerra mundial». Y por decirlo con las palabras de la autora del artículo, nuestra separación de la modernización social que iba a producirse en Europa tras las conflagración bélica, implicaría que «a pesar de la propaganda del régimen dictatorial, este supuso más de treinta años de retraso en el acceso a derechos laborales y sociales».

Franquismo puro, primeros inicios de modernización del régimen, transición política y advenimiento de la democracia, gobiernos socialistas, gobiernos de derechas, nuevos gobiernos socialistas, nuevos gobiernos de derechas,

hasta llegar a junio de 2018. ¿Se puede resumir en tres líneas la historia del período que va desde 1939 a 2018? Creo que sobra dar una respuesta, y lo único que he pretendido es marcar el momento histórico, de acuerdo también a la periodificación efectuada en la publicación, en el que vive el Ministerio de Trabajo, en sus diversas denominaciones, y cómo se desarrolla la normativa laboral y las relaciones laborales.

Con un muy gráfico titular, *El Ministerio de Trabajo, 1939-1957: de la trincherera al franquismo social*, esta etapa es analizada por el profesor Pedro González Murillo de la UCM, en el que se destaca que la política aplicada durante ese período fue diseñada compaginando «represión y control sobre la masa trabajadora con un modelo de previsión social organizado sobre la base de un conjunto descoordinado de seguros asentado en un criterio profesional no universal», con una disociación entre las grandes proclamas y la realidad de los derechos laborales colectivos duramente reprimidos y con tipificación delictiva.

Quede para la historia la mención al Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 (modificado por la Ley Orgánica de 10 de enero de 1967), del que me permito reproducir ahora un fragmento que marca de manera suficientemente clara su contenido: «El Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo. Limitará convenientemente la duración de la jornada para que no sea excesiva, y otorgará al trabajo toda suerte de garantías de orden defensivo y humanitario. En especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo a domicilio y liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica».

En fin, la Ley de reglamentaciones de trabajo, la Ley de Contrato de Trabajo, la creación de la Organización Sindical Española («todos los productores unidos» sin diferencias entre empresarios y trabajadores), la normativa sobre jurados de empresa, entre otras, son las piezas de un puzzle jurídico, al que se sumaba la creación de las magistraturas de trabajo, en el que el objetivo formal era proteger a la personas trabajadora y el real era el de evitar la conflictividad social, sin mucho éxito como es bien sabido por los conflictos que se produjeron desde la histórica huelga de los tranvías en Barcelona en 1951. Tal como sintetiza el profesor Castillo en el prólogo, hubo una «distancia sistemática entre el relato construido por el régimen y los resultados efectivos de sus políticas».

La modernización económica tiene repercusiones en el terreno laboral, y aunque limitadas son un anticipo de aquello que vendrá años después en el inicio de la transición democrática. El profesor Jorge Torrens, del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, analiza el período que va desde el inicio del

“desarrollismo industrial” hasta las primeras fases de la transición democrática tras el fallecimiento del dictador, en el capítulo que lleva por título *El Ministerio de Trabajo, 1958-1976. Etapa de transformaciones: del desarrollismo económico franquista al inicio de la transición*.

Las referencias normativas en la que el autor ubica el periodo analizado son la primera ley de convenios colectivos sindicales, de 1958, y la Ley de Relaciones Laborales de 1976, norma esta última que se sitúa ya en un momento de cambio político y social que culminaría, aun con gobiernos franquistas, con la Ley para la reforma política sometida a referéndum en diciembre del mismo año y de la que recuerda el profesor Torrens que «formalmente fue la última incorporación a las Leyes fundamentales franquistas».

Quede para la historia la aprobación de la primera Ley General de Seguridad Social en 1966, y más allá del periodo histórico referenciado, la aprobación del RD-Ley 19/1976 de 8 de octubre por el que se creaba la Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales, adelanto jurídico de lo que sería varios meses más tarde la desaparición del sindicalismo vertical y la legalización de las organizaciones sindicales democrática con la Ley de Asociación Sindical de 1º de abril de 1977. Es en suma un periodo histórico en el que el marco normativo oficial se contrasta con una realidad social en la que la presión del movimiento obrero el terreno laboral y de las fuerzas políticas clandestinas en el marco político van a ir poco a poco contribuyendo a cambiar el marco de las relaciones de trabajo hasta llegar al que se diseña durante la transición democrática.

En muy apretada síntesis, la historia del periodo 1977-1981, la del «comienzo y consolidación de la democracia» se efectúa por el profesor Fernando Valdés, Catedrático de DTSS de la UCM, quien destaca la importancia de este periodo por un triple motivo: en primer lugar, por haber sido durante este periodo el Ministerio «un agente político de primer orden, no sólo para la recuperación de las libertades en el ámbito de las relaciones laborales, sino además para la restauración de la democracia en España»; en segundo lugar, por los cambios orgánicos y funcionales operados; y en tercer lugar, por la numerosa producción normativa, de la que el autor concentra su exposición en ámbitos temáticos tan relevantes como «los derechos de asociación sindical y de huelga, el Estatuto de los trabajadores y la Ley de Empleo», no siendo desde luego ni mucho menos importante la ratificación por España de los Convenios OIT C087 y C098 sobre libertad sindical y derecho de negociación colectiva, y de los pactos internacionales de las Naciones Unidas sobre derechos políticos y civiles, y económicos, sociales y culturales.

1982-1996 es un periodo sin duda de los más importantes que ha vivido

España en su proceso de modernización económica y social, bajos los gobiernos presididos por Felipe González, con algunos “claroscuros” como la primera huelga general convocada por los sindicatos contra un gobierno socialista, el 14 de diciembre de 1988, o la no aprobación de la Ley de Huelga en 1993, cuando solo faltaba el trámite formal de aprobación por el Senado, por la disolución de las cámaras legislativas y la convocatoria de elecciones generales. Su examen es realizado por otra de las figuras señeras del laboralismo español, el profesor Carlos Palomeque, Catedrático de DTSS de la Universidad de Salamanca, en *Los primeros gobiernos socialistas de la Democracia: 1982-1996*.

No hay duda de que se recordará especialmente la adhesión de España a la entonces Comunidad Económica Europea a partir del 1º de enero de 1986 y el impacto que supondría para las relaciones económicas y sociales en España, así como la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en 1985 una vez que superó el trámite del recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo popular de acuerdo la normativa entonces vigentes que permitía la presentación de un recurso contra un proyecto de ley antes de su definitiva aprobación. No menos importante, en fin, fueron los sucesivos acuerdos suscritos por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y que fueron conformando un dialogo social reforzado que, a pesar de todos los “achagues” sufridos con posterioridad, se ha mantenido y reforzado en periodos de crisis tan grave como por ejemplo los que hemos vivido durante 2020 y el primer semestre de 2021.

La década de los ochenta vio la adecuación del Derecho del Trabajo a la crisis económica padecida por las sociedades occidentales desarrolladas, adecuación producida bien por la vía de la concertación bilateral o trilateral y la plasmación de acuerdos en textos normativos (“legislación negociada”), bien por la propia decisión gubernamental de adoptar medidas legislativas para enfrentarse a la misma. De tal forma, la expresión “Derecho del Trabajo de la crisis” pasó a ser de uso cotidiano para referirse a los cambios que se producían, y una palabra ambigua y ambivalente comenzó a hacer furor, “flexibilidad”, si bien hay que señalar que nuestra disciplina siempre ha sido “flexible”.

En España, los cambios se plasmaron fundamentalmente en el terreno de las relaciones individuales de trabajo, vía LET, a través de la introducción de mayores posibilidades del uso de la contratación de duración determinada, no ya sólo para supuestos en los que estuviera estructuralmente justificada, sino también como medida de fomento del empleo, alterándose así el principio de causalidad que había sido el rasgo básico de la contratación laboral. La apuesta operada a mediados de los

ochenta por la flexibilidad de entrada tuvo unas consecuencias contradictorias: de una parte se creó un importante número de puestos de trabajo, pero de otra aumentó la inseguridad laboral para buena parte de la población asalariada y significó unos costes económicos importantes para el erario público en términos de protección por desempleo. Buena parte de la dualidad o segmentación que todavía se observa hoy en día en el mercado de trabajo español viene motivada, a mi parecer, por la reforma laboral en materia de contratación temporal operada en 1984.

En el ámbito de las relaciones colectivas la LOLS supuso el desarrollo del art. 28.1 CE y un reforzamiento del modelo sindical “fuerte” basado en organizaciones sindicales más representativas tanto de ámbito estatal como autonómicas, modelo aceptado por el TC bien que con importantes y abundantes matizaciones, desde las sentencias dictadas a partir de 1985 y en las que debió pronunciarse sobre presuntas violaciones del derecho de libertad sindical. Una reducción del criterio de la mayor representatividad, y paralela utilización del de la suficiente implantación, se fue operando por la vía de excluir la consideración de la presencia de sindicatos representativos en determinados órganos o instancias como ejercicio de la participación institucional, o por entender que su sola presencia y no la de otros sindicatos violentaba el principio de igualdad constitucional.

La etapa histórica 1996-2004, la de los dos gobiernos del Partido Popular bajo la presidencia de José María Aznar, es objeto de cuidado análisis por el profesor Joaquín García Murcia, Catedrático de DTSS de la UCM, para quien la producción normativa de esta etapa en el ámbito del empleo, las relaciones de trabajo y la protección social, alcanzo niveles considerablemente altos, «sin duda por un decidido propósito, del gobierno y del partido político que lo sustentaba, de proceder a una intensa renovación, que en muchos casos trató de ser reorientación o reordenación, del marco legal en todos los terrenos».

Destaca también el autor algo que, por cierto, se ha ido “consolidando” en la vida política y con traslación al ámbito jurídico, cual es «el uso relativamente intenso de la legislación de urgencia para efectuar reformas en el ámbito de la legislación laboral y de la ordenación del mercado de trabajo».

Para el profesor García Murcia, sin perjuicio de las distintas valoraciones que pueden efectuarse de la actividad ministerial y de la producción normativa durante este periodo, no es dudoso que contribuyeron, al igual que lo hicieron los precedentes y que lo harían los posteriores, «al asentamiento de nuestro régimen constitucional y al crecimiento de nuestra sociedad en términos de riqueza económica y cultura democrática. Tampoco pueden discutirse sus afanes de lucha contra el desempleo, ni sus

esfuerzos en pos de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social». Es sin duda, y lo deseo subrayar, una etapa muy importante para la regulación jurídica del trabajo de las personas extranjeras en España, con la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, posteriormente y en varias ocasiones, con restricción en unos casos y ampliación en otros de los derechos, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La etapa histórica de los dos gobiernos socialistas presididos por José Luis Rodríguez Zapatero es analizada y diseccionada por Marí Luz Rodríguez, profesora titular del DTSS de la Universidad de Castilla-La Mancha y Secretaria de Estado de Empleo del 30 de octubre de 2010 al 30 de diciembre de 2011, en el artículo *El Ministerio de Trabajo 2004-2011: de la esperanza del pleno empleo a la contención de los efectos devastadores de la crisis económica*.

La autora pasa revista a las tres etapas bien definidas, y con distintas denominaciones, del Ministerio de Trabajo, con los ministros Jesús Caldera, Celestino Corbacho y Victoriano Gómez. Para la historia de este período quedará en el recuerdo especialmente una de las normas más importantes dictadas en este siglo XXI, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre las mujeres y hombres, que poco a poco fue incorporándose y aplicándose en resoluciones judiciales dictadas con perspectiva de género; una norma de ámbito laboral que había tenido una referencia más general en una ley, la de violencia de género, aprobada en 2004, que persigue acabar con una de las lacras más preocupantes en nuestra sociedad cuál es la violencia machista.

Igualmente muy importante, aunque su aplicación práctica fue dejando poco a poco que desear ante la falta de presupuesto adecuado para hacerla efectiva, fue la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, aprobada en 2006. En ese mismo año, el proceso de regularización de población migrante en situación irregular permitió el reconocimiento de derechos a más de 500.000 personas que se encontraban en situación no protegida por la normativa aplicable, muy especialmente en el ámbito laboral.

La reforma de la conocida como “ley de extranjería” marcó otro hito importante de este período en 2009. Si bien, creo que la reforma laboral más importante que debió abordar el Ministerio en la etapa de Celestino Corbacho, y continuada después en la de Valeriano Gómez, con la presencia directa de la autora del artículo, fue la que finalmente se aprobó por RD-Ley 10/2010 de 16 de junio y que tras su tramitación parlamentaria posterior se convirtió, con ligeras modificaciones en la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, con el objetivo de reducir el nivel de temporalidad y que no contó con el visto bueno sindical que llamó a la huelga general el 29 de

septiembre.

La reforma de las políticas activas de empleo y la modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para potenciar mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en caso de desacuerdo en el proceso de negociación colectiva, fueron dos de las medidas más relevantes adoptadas en el último año y medio de mandato socialista, que finalizaría con la aprobación de la Estrategia Española de Empleo, en aplicación de las directrices comunitarias. Y en el mientras tanto, la regulación de las agencias privadas de colocación marcó un hito importante en el camino de las reformas en materia de empleo, algunas de las cuales, como una mayor participación de las Administraciones, las locales, que están más cercanas a la ciudadanía, siguen esperando que se concreten.

Por último, la etapa de gobierno que se inicia en 2012 nuevamente con el Partido Popular, bajo la presidencia de Mariano Rajoy, y que se cierra a finales de junio de 2018, es objeto de atención en el artículo de Nuria P. García Piñero, profesora titular de DTSS de la UCM y vocal asesora de la Ministra durante el período 2012-2017, por lo que es una concedora directa de la actividad ministerial durante ese período.

La historia del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (obsérvese la desaparición del término “Trabajo”) y de la Ministra Fátima Báñez será la de la reforma laboral operada en 2012, aprobada por RD-Ley 3/2012 de 10 de febrero, y que olvidó el acuerdo social alcanzado pocos días antes entre los agentes sociales, y que tras su tramitación parlamentaria se convirtió en la Ley 3/2012 de 6 de julio.

En el artículo, titulado *El Ministerio de Empleo y Seguridad Social 2011-2018: gestión de la crisis, empleabilidad y futuro del trabajo*, la profesora García Piñero repasa la estructura orgánica del Ministerio en primer lugar, y se detiene a continuación en las reformas operadas en el ámbito económico y social en el período de crisis comprendido entre la llegada al poder del gobierno del Partido Popular y los primeros atisbos de salida de aquella en 2015. No es este el momento ni el lugar adecuado, se trata de una reseña y no de una valoración propia, de polemizar con los pareceres de la autora, salvo en uno, cuál es su afirmación de que en la reforma laboral de 2012 «el diagnóstico y el objetivo de la reforma laboral del Partido Popular son muy similares a los de las dos últimas reformas del Partido Socialista de 2010 y 2011».

La autora también pasa revista a las medidas adoptadas para reducir el desempleo juvenil, en seguimiento de la normativa comunitaria, y de la lucha contra el fraude y el trabajo irregular, de las medidas (muy polémicas) adoptadas para «consolidar y garantizar el sistema de Seguridad Social», y de las sucesivas Estrategias Españolas de Activación para el Empleo, acompañadas de los Planes Anuales de Política de Empleo. En su repaso,

diferencia claramente el período de crisis (2012-2015) con el que califica de «recuperación económica y del empleo», que se producirá durante 2016-2018, y finaliza el texto prestando atención a los debates sobre el futuro del trabajo que tuvieron lugar con ocasión de la iniciativa lanzada por la OIT con ocasión del centenario de su creación en 1919.

Como recapitulación final, cabe decir que es una obra que permite conocer muy bien la historia del Ministerio de Trabajo, sus estructuras orgánicas y sus competencias a lo largo de los cien años de vida, y cómo ha influido en las relaciones de trabajo tanto en el plano normativo como en el de la búsqueda del acuerdo y el dialogo social con las organizaciones sindicales y empresariales. Desde dicha perspectiva, y no la de profundizar en los contenidos más detallado de cada etapa, creo que es acertada y cobra pleno sentido la manifestación del director de la obra, el profesor Santiago Castillo, contenida en el prólogo, de que «nuestro objetivo ha sido ofrecer a los lectores una historia diseñada para que, sin perjuicio de insertarse en una visión planificada de conjunto, cada capítulo conserve la vivacidad de ser una “obra de autor” que, en su período, enfatiza los aspectos y matices por él considerados como los más relevantes».

*Eduardo Rojo Torrecilla**

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona (España).

El ámbito de las representaciones sindicales

por Ricardo Esteban Legarreta

Una reseña

La efectividad de los derechos de las personas trabajadoras en la empresa queda directamente ligada a la existencia de órganos de representación estables. Es de sobras conocida la problemática que plantea la tasa de cobertura de la representación unitaria, que diversos estudios sitúan por debajo del 50%¹, y por ello resulta determinante el papel que pueda desarrollar las representaciones sindicales, sobre todo en un contexto de diversificación y fraccionamiento de las estructuras empresariales, de creciente digitalización y de constante aparición de nuevas formas de prestación de servicios que se sitúan en la frontera del trabajo asalariado. Por todo ello resulta plenamente acertado revisar en profundidad el régimen jurídico de las representaciones sindicales y, particularmente, su ámbito de actuación. El libro que tengo el placer de reseñar afronta con rigor y solvencia esta tarea, ofreciendo un análisis minucioso, actualizado y crítico sobre la vertiente orgánica de las secciones sindicales y de los delegados sindicales, tanto a nivel normativo como jurisprudencial; un análisis imprescindible para cualquier operador jurídico que deba gestionar estas figuras.

El primer Capítulo se centra en el ámbito de la sección sindical, empezando por el que el autor considera su “*espacio natural*” (el centro de trabajo o la empresa) y abordando acto seguido otras hipótesis que no disponen de un reconocimiento normativo expreso, como los grupos de empresa y redes de empresa que operen en el contexto de cadena de proveedores o de instalaciones como puertos, aeropuertos o similares. Aunque la constitución de secciones sindicales en tales hipótesis se entiende viable desde un punto de vista técnico, el autor reclama una reforma de la LOLS para que se contemple expresamente la articulación de secciones sindicales en estos ámbitos supraempresariales. También se pone de manifiesto la relevancia que las secciones sindicales pueden tener en la organización

¹ Vid. R. DE ALÓS-MONER, O. BARRANCO, *Los trabajadores y las trabajadoras sin representación en la empresa y el sindicato*, en X. SOLÀ MONELLS, R.E. LEGARRETA (a cura di), *La representación laboral en las empresas dispersas y en red. Problemática, disfunciones y propuestas correctoras*, Comares, 2021, p. 1 ss.

colectiva de las personas que prestan servicios través de plataformas digitales, debido a su flexibilidad y a la facilidad para adaptarse a contextos donde la identificación de la empresa y el centro de trabajo resultan particularmente compleja. Finalmente se explora la integración de trabajadores autónomos en secciones sindicales, concluyéndose que es perfectamente posible crearlas de carácter específico y mixtas (compartidas con trabajadores por cuenta ajena), aunque los trabajadores autónomos no puedan ser computados para facilitar la designación de delegados sindicales LOLS.

Uno de los aspectos más destacables de este primer Capítulo es el análisis de Estatutos sindicales, un instrumento poco estudiado por la doctrina científica pero absolutamente determinante, atendiendo al art. 8.1.a LOLS, para concretar las posibilidades reales de constitución de secciones sindicales en cada concreta hipótesis². De este análisis se extrae una muy interesante información sobre los ámbitos preferidos por las organizaciones sindicales o las exigencias subjetivas para la constitución de secciones (número de personas afiliadas, antigüedad, etc.), concluyéndose que en general los Estatutos sindicales son bastante flexibles porque intentan facilitar al máximo la creación de secciones.

El Capítulo segundo se dedica al análisis de una cuestión tan compleja como importante: la dicotomía centro de trabajo/empresa en relación a las prerrogativas de las secciones sindicales y, particularmente, al derecho a designar delegados sindicales LOLS. El autor realiza un minucioso repaso a los numerosos pronunciamientos judiciales que ha generado esta cuestión defendiendo una interpretación flexible del marco legal que facilite una actuación integrada a nivel de empresa. Esta perspectiva resulta esencial para conseguir un uso eficiente del tablón de anuncios, de los instrumentos de comunicación digital que haya articulado la empresa o del local sindical, y encaja con la opción adoptada por el legislador en materia de negociación colectiva a través del RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, que se valora muy positivamente, al considerar que relanza la sección como estructura representativa eficaz en el marco de las empresas multacentros y evita tener que acudir a las comisiones *ad hoc*. En lo que refiere específicamente a los delegados sindicales, el estudio revisa la evolución jurisprudencial hasta

² La importancia de los Estatutos sindicales y la necesidad de proceder, como hace el autor, a su estudio detenido se pone de manifiesto en la STS de 19 de febrero de 2020 (recurso 169/2018), donde se declara la nulidad de un convenio colectivo de empresa negociado por una sección sindical de UGT que se había constituido sin respetar los requisitos previstos en los respectivos Estatutos. Véase, al respecto, J. GARCÍA MURCIA, [Nulidad de convenio colectivo de empresa negociado por sección sindical no constituida conforme a los estatutos del sindicato](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), 2020, n. 5.

llegar a la trascendental STS de 18 de julio de 2014, que se analiza con detenimiento poniendo de manifiesto sus consecuencias prácticas y ligándola con otros pronunciamientos directamente relacionados, que inciden sobre los requisitos para designar a tales representantes o sus prerrogativas, particularmente el crédito horario.

Los Capítulos tercero y cuarto se dedican al análisis del papel que desarrolla la negociación colectiva en relación al ámbito de las representaciones sindicales, tanto a nivel empresarial como supraempresarial. Aunque existen diversos estudios sobre el tema, la incorporación de este apartado resulta no solo acertada sino – me atrevo a afirmar – imprescindible en una monografía como la presente, tanto por la importancia de las regulaciones que pueden incorporar los instrumentos colectivos como por el dinamismo de la negociación colectiva, que requiere un seguimiento atento y continuado.

El amplio abanico de convenios colectivos analizados permite al autor localizar interesantes regulaciones que promocionan la articulación de representaciones sindicales, destacando particularmente las que facilitan la designación de delegados sindicales en empresas o centros de trabajo con plantillas inferiores a 250 personas (reduciendo esa cifra mínima o exigiendo requisitos complementarios y/o alternativos como un determinado nivel de afiliación), las que eliminan la necesidad de acreditar presencia en la representación unitaria o las que permiten la creación de secciones sindicales y la elección de delegados sindicales en grupos de empresa.

El estudio no se limita a describir y sistematizar estas cláusulas convencionales sino que las valora desde una perspectiva crítica, destacando las opciones que a juicio del autor pueden resultar más acertadas o útiles para facilitar la expansión de las representaciones sindicales. También se abordan algunos problemas jurídicos generados por tales regulaciones, que hasta la fecha habían pasado bastante desapercibidos, como por ejemplo la forma de acreditar el nivel de afiliación cuando este parámetro se utilice para facilitar la designación de delegados de personal; un problema para el que se formulan tanto soluciones de *lege data* como de *lege ferenda*.

En resumidas cuentas, nos hallamos ante una obra imprescindible para cualquier jurista que deba afrontar el estudiar o gestionar la vertiente orgánica de las representaciones sindicales; una obra que pone de

manifiesto el rigor científico ya demostrado por Dr. Ricardo Esteban Legarreta en otros muchos trabajos. Su publicación en la prestigiosa editorial Bomarzo, como parte de la colección Básicos de Derecho Social contribuirá a buen seguro a darle una amplia difusión.

*Xavier Solà i Monells**

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona (España).

El derecho de la representación unitaria y sindical a utilizar los instrumentos empresariales de comunicación digital

por Xavier Solà i Monells
Una reseña

La denominada digitalización de las RRLD ha supuesto una auténtica transformación en la totalidad de las instituciones que conforman nuestro sistema de relaciones laborales. Su impacto afecta desde a los sujetos como a la forma en que se desarrolla la prestación de servicios. Los nuevos canales de comunicación que permiten las TIC constituyen un eficaz instrumento para la gestión empresarial del que la mayor parte de las empresas hacen uso. Conviene tener presente que, aunque con grandes diferencias entre sectores y también por dimensión de la empresa, los procesos de digitalización alcanzan en España un nivel considerable. Así en 2018 fue el país, junto a Irlanda, que más progresó en esta materia, de acuerdo con el Índice de Economía y Sociedad Digital, que elabora desde 2014 la Comisión Europea. Hoy ocupa el 10º puesto del ranking de referencia de la Unión Europea (UE) por delante de Alemania, Francia o Italia, aunque aún lejos de los líderes: Dinamarca, Suecia, Finlandia y Países Bajos.

La monografía publicada por la Editorial Bomarzo que reseñamos pertenece a lo que podríamos calificar como segunda generación de estudios en relación con la materia. Así, si en los primeros trabajos se efectúan estudios de caracterización global o abordar el impacto en la configuración de los sujetos del contrato de trabajo y sus derechos fundamentales, la segunda generación se caracteriza por desarrollar un análisis que desborda el plano individual para incorporar a otros sujetos como pueden ser los sujetos colectivos y el análisis de instituciones laborales concretas. En este caso, el trabajo desarrollado por el Dr. Solà i Monells se va a centrar en un aspecto, el derecho de los representantes a la utilización de los instrumentos tecnológicos empresariales que, a pesar de ser objeto de una importante y no siempre diáfana práctica y de interesantes estudios parciales, aún no había sido abordado doctrinalmente de manera completa e integral. Una materia, que como el autor remarca en la introducción, constituye un reto para la actividad representativa pero también «una gran oportunidad para avanzar en la organización y defensa

colectiva de los intereses de la población trabajadora».

Estamos ante una monografía indispensable por la concurrencia de varios factores. En primer lugar, el tema es de máximo interés, actualidad y relevancia. Un examen de las bases de datos revela que nos encontramos ante una cuestión, en la que la carencia de una normativa actualizada, supone frecuentes conflictos aplicativos no resueltos siempre de modo plenamente coherente y satisfactorio. Y es aquí donde radica el segundo de los elementos que debe ser resaltado en la obra que recensamos. El autor efectúa una completa aproximación a la problemática en la que combina magistralmente el análisis jurídico dogmático con la visión práctica. A través de una metodología inductiva en la que parte del análisis jurisprudencial y práctico, el autor perfila un completo régimen jurídico en el que analiza todos los aspectos nucleares de la institución. Por otra parte, la metodología y sistemática desarrollada, además de facilitar enormemente la localización de las cuestiones objeto de tratamiento en los ocho capítulos en que se desarrolla el trabajo, van a permitir que el lector pueda encontrar un fiel reflejo del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina judicial, ofreciendo, adicionalmente, propuestas de desarrollo normativo que deberían hallar reflejo en eventuales futuros desarrollos normativos legislativos o convencionales de la materia. Un desarrollo convencional que, como el propio autor destaca, ha adquirido un creciente protagonismo con interesantes y positivas aportaciones aunque también con algunos prácticas más cuestionables.

Como no podía ser de otra manera, el análisis parte de la importante y crucial STC 281/2005, de 7 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional reconoció el derecho del sindicato y de las secciones sindicales demandantes a transmitir noticias de interés sindical a través del correo electrónico existente en la empresa. Se trata de una sentencia con un valor “cuasi normativo”, en la que el Tribunal Constitucional, partiendo del reconocimiento del derecho a transmitir información como parte del contenido esencial de la libertad sindical, sentó los parámetros que han marcado las pautas del derecho de uso de los medios tecnológicos empresariales por parte de la representación de los trabajadores. Aún tratándose de una sentencia que es valorada en forma positiva, es obvio, que en su propia naturaleza encuentra sus limitaciones. Como pone de manifiesto el examen desarrollado por el Dr. Solà i Monells, los más de 15 años transcurridos evidencian que su aplicación en la jurisdicción ordinaria no ha sido siempre unívoca y coherente.

En el segundo de los capítulos, se aborda el tratamiento de la titularidad del derecho, una de las cuestiones que mayor conflictividad ha generado la aplicación de la doctrina de la STC 281/2005. El autor propone una lectura

amplia, coherente con la naturaleza y funcionalidad del derecho, comprensiva de las secciones sindicales o estructuras externas sindicales a las que aquellas estuviesen vinculadas y no restringida a las pertenecientes a los sindicatos más representativos, bastando, en línea con la STS de 21 de febrero de 2019 (Rec. 214/2017), «una mínima implantación en la empresa». Una titularidad que considera que cabe extender también a los órganos de representación unitaria por cuanto, aunque en este caso, salvo en los comités sindicalizados, se carezca del soporte institucional de la libertad sindical sobre el que se construye la STC 281/2005, la base jurídica debería situarse en el reconocimiento reforzado de las libertades de expresión e información que se efectúa en favor de este tipo de representación en diversos pasajes del TRLET.

En el tercero de los capítulos se plantea una de las cuestiones que mayor problematicidad plantea en la realidad cotidiana: los límites del derecho de uso. Es conocido que el reconocimiento a la utilización de los medios tecnológicos preexistentes en la empresa se condiciona por la STC 281/2005 a dos grandes límites: la no perturbación de la actividad normal de la empresa ni perjudicar su uso productivo y la no generación de mayores costes. La monografía desarrolla un examen de las distintas resoluciones dictadas en relación esta cuestión y aunque valora positivamente que las sentencias exijan que los costes generados sean significativos considera insuficientes los criterios empleados para efectuar dicha valoración. Considerando que, además del propio coste de la adecuación para el uso sindical, deberían ser evaluados aspectos como la dimensión de la plantilla, la estructura organizativa de la empresa, el número de representantes e incluso la existencia de canales alternativos de información. Una valoración negativa de la doctrina judicial que se extiende al elemento probatorio por cuanto, en pocas ocasiones, se omite que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de julio de 2016 (Rec. 199/2015), indicó expresamente que «es la empresa a la que corresponde la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que puede suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores» la doctrina.

A propósito del contenido del derecho a la utilización de los medios tecnológicos, de mucho interés resulta la valoración de su incidencia en otros dos derechos íntimamente relacionados con aquel: el derecho al local sindical y el derecho de las personas trabajadoras a comunicarse con los representantes de los trabajadores. Con relación al primero, el Dr. Solà i Monells considera que existe una conexión directa entre el derecho de uso sindical del correo y la “adecuación tecnológica” del local que obligaría a la

empresa a dotar al local de los medios necesarios para la utilización del correo electrónico (conexión a internet, ordenador...). Una conexión directa que también se produce en el segundo caso. Así cuando los representantes de las personas trabajadoras empleen medios tecnológicos empresariales para sus comunicaciones, aquellas también podrán emplearlos, sin que los posibles criterios de utilización de los dispositivos digitales que hubiera podido establecer la empresa en base al art. 87.3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales puedan vedar dicha utilización.

El Capítulo cuarto se dedica a la regulación de las condiciones uso y su fiscalización. El autor, aunque descarta la existencia de una obligación de negociarlas colectivamente, considera que el convenio colectivo constituye el espacio idóneo de regulación de las condiciones de uso. Una regulación convencional que, en cualquier caso, aunque condicione una eventual regulación empresarial, no la impediría. En este sentido y en relación con esos códigos empresariales de regulación, el autor advierte que, además de respetar la eventual regulación convencional que pudiera existir, deberían limitarse a establecer proyecciones o especificaciones razonables de las condiciones de uso predeterminadas por el Tribunal Constitucional. Sin que, en ningún caso, tal y como ya ha advertido la STS de 24 de julio de 2017, sea admisible condicionar el uso a una previa autorización empresarial. Ello no supone que el empresario, en el ejercicio de su legítimo interés de asegurar la correcta utilización de los medios puestos a disposición de la representación de los trabajadores, no pueda fiscalizar o controlar el uso que se realiza. Sin embargo, en aras evitar que ello se realice en detrimento o menoscabo del ejercicio de la tarea representativa o del ejercicio de derechos fundamentales como pueden ser la libertad sindical, las libertades de información y expresión o del propio derecho al secreto de las comunicaciones, el profesor Solà i Monells propone distinguir la fiscalización técnica de la que se dirige al control del contenido. Así mientras la primera, la fiscalización técnica, dirigida al control de las condiciones de uso en aras a evitar perturbaciones al uso productivo y consistente, por ejemplo, en restringir el número de mensajes, de destinatarios, predeterminar horas de envío, limitar extensión..., siempre que se mueva en parámetros de razonabilidad, sería lícita. La fiscalización del contenido sería mucho más cuestionable, no legitimando, en ningún caso, una censura previa (STS de 26 de abril de 2016) y encontraría, en el caso, del correo electrónico, un límite prácticamente infranqueable en el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido por el art. 18.3 CE.

Muy interesante resulta asimismo la distinción que se efectúa entre las facultades de control y las facultades de autotutela o reacción empresarial

ante eventuales incumplimientos de las condiciones de uso. Unas facultades que, a juicio del autor, sólo serían admisibles en las hipótesis de incumplimiento manifiesto y significativo de las condiciones de uso y siempre con un alcance sujeto a un juicio de razonabilidad o proporcionalidad estricto, debiendo canalizarse, los otros escenarios, a través del auxilio judicial al que se refiere la STC 281/2005.

Si toda la monografía destila actualidad, dicha cualidad se aprecia con toda su intensidad en los capítulos en los que se abordan cuestiones de reciente tratamiento normativo como son la protección de datos o las hipótesis de trabajo a distancia (Capítulos quinto y sexto). De esta forma, y en relación a la protección de datos, tras identificar la dirección de correo electrónico como un dato personal, se analizan las diferentes resoluciones dictadas tanto por la Agencia de Protección de datos como por los Tribunales para dar respuesta a cuestiones cómo son si la empresa debe transmitir las direcciones de correo profesional de las personas trabajadoras a los órganos de representación, si dicha obligación se extiende a la dirección de correo personal, cuándo resulta preciso el consentimiento de la persona trabajadora, en qué casos tienen las personas empleadas derecho a oponerse a que les sea remitida información sindical, en qué supuestos la representación de las personas trabajadoras se convierten en responsables del tratamiento de datos o cómo se proyecta la normativa de protección de datos en la publicación de contenidos en los tabloneros virtuales.

Del análisis desarrollado respecto el RD-Ley 28/2020 de trabajo a distancia se desprende una valoración que cabría calificar de ambivalente por cuanto si por una parte el autor valora positivamente que, por primera vez, se haya incorporado una regulación expresa que incorpora la obligación de garantizar, en todo caso y sin condicionantes, la utilización del correo electrónico por la representación social y, un tablón virtual cuando sea compatible con dicha prestación de servicios, por otra parte, se valora negativamente, el limitado alcance subjetivo que el legislador ha dado al RD-Ley 28/2020.

El análisis desarrollado por el profesor Solà i Monells no se limita al estudio de la normativa heterónoma y de las distintas resoluciones dictadas por órganos judiciales y administrativos. Consciente de la cada vez más importante tarea reguladora desarrollada por la negociación colectiva, efectúa, en el Capítulo VII, un completo estudio de la regulación efectuada por los agentes sociales. No se trata de cubrir el expediente con un examen superficial y formal. Estamos, como decía, ante un completo y profundo estudio de la regulación convencional. No en vano analiza todos los convenios publicados sectoriales y empresariales publicados en el *BOE* y en los boletines oficiales autonómicos en el periodo 2018-2020, así como

diversos acuerdos colectivos. No debe temer el lector, sin embargo, encontrar un análisis acumulativo y tedioso. Una vez más, el autor demuestra que es posible combinar rigor y profundidad con una exposición clara y sugerente. Además de desarrollar un análisis sistemático en torno a los ejes fundamentales (unidad de negociación, sujetos titulares, instrumentos reconocidos, concreción y control de los límites de uso) que permite la fácil localización de las cuestiones abordadas, no se limita a efectuar un mero examen descriptivo. De nuevo, combinando dogmática y perspectiva práctica, nos ofrece una lúcida reflexión a nivel teórico sobre la capacidad de incidencia de la negociación colectiva que se acompaña, en cada uno de los apartados o aspectos analizados, de la identificación de lo que considera buenas prácticas de la negociación colectiva y, por el contrario, de la reseña de las cuestiones problemáticas que se derivan de ciertas regulaciones. Un análisis descriptivo y valorativo, siempre razonado jurídicamente, que además se acompaña de útiles y fundamentadas propuestas alternativas. La monografía finaliza con unas conclusiones que el autor modestamente califica como «algunas reflexiones y una propuesta». Me permitirá el lector de esta reseña que a ellas me remita y es que el “spoiler” también se ha de evitar con las monografías.

*Alberto Pastor Martínez**

* Profesor agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona (España).

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo