

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

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

Directores Científicos

Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Oscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*Argentina*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), 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*)

ÍNDICE

Artículos

- M^a Del Sol Herraiz Martín**, *Reflexiones sobre la gestión del tiempo de trabajo en período de crisis*.....**2**
- Viviana Laura Díaz**, *Teletrabajo: una nueva modalidad organizacional***35**
- Sergio Gamonal Contreras**, *Comentarios al manifiesto laboral chileno***53**
- Rafael Lirman Mabé**, *La declaración sociolaboral del Mercosur y el trabajo desarrollado por menores de 18 años en la República Argentina***63**

Comentarios

- Oscar Zavala Gamboa**, *La transformación del contrato individual de trabajo en el derecho laboral mexicano*.....**79**
- María Antonia Pérez Alonso**, *La pensión de jubilación en España tras las recientes reformas (ley 27/2011 y rdl 5/2013)*.....**98**
- Ricardo Barona Betancourt**, *Actualidad del teletrabajo en Colombia*.....**114**

Reseñas Bibliográficas

- Silvia Fernández Martínez**, *“Violencia de Género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos”, volumen dirigido por Lourdes Mella Méndez. Una reseña*.....**128**
- Lavinia Serrani**, *La rete che lavora. Mestieri e professioni nell’era digitale, por Ivana Pais. Una reseña*.....**132**

Reflexiones sobre la gestión del tiempo de trabajo en período de crisis *

M^a del Sol HERRAIZ MARTÍN **

RESUMEN: El presente estudio realiza un análisis de la gestión del tiempo de trabajo como aspecto de la relación laboral que aparece con prioridad dentro del objetivo de la flexibilidad, y, al mismo tiempo, como factor determinante, en definitiva, de una mejora en la productividad empresarial. En efecto, una buena gestión de la ordenación del tiempo de trabajo se proyecta en una mayor productividad, pero siempre que en la misma exista una clara ponderación de intereses, a través de medidas que deben atender no sólo las necesidades organizativas de las empresas, sino también las de los empleados. Sólo de esta forma se podrá tener en plantilla trabajadores que puedan ajustar los ritmos de trabajo a sus preferencias conforme las responsabilidades familiares que cada uno tenga, y consecuentemente, descender el número de absentistas. El reto se encuentra, por tanto, en lograr a través de la gestión del trabajo, al mismo tiempo, la seguridad de los trabajadores y la flexibilidad interna precisa en la empresa.

Palabras clave: Tiempo de trabajo, jornada laboral, flexibilidad, productividad empresarial.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La regulación del tiempo de trabajo en los diferentes ámbitos de la negociación colectiva. 3. Medidas de ordenación del tiempo de trabajo. 3.1. La jornada irregular en tiempos de crisis. 3.1.1. Introducción. 3.1.2. Distribución irregular de la jornada y negociación colectiva. 3.2. La distribución flexible de la jornada y su impacto en la productividad. 3.2.1. Introducción. 3.2.2. Tendencias generales de jornada flexible en la negociación colectiva y buenas prácticas. 3.2.2.1. Jornada continua *versus* jornada partida. 3.2.2.2. Distribución flexible de la jornada. Las diferentes técnicas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* El presente estudio forma parte de los resultados de investigación del Proyecto Nacional I+D (DER 2009-09001) “Derecho del Trabajo y objetivos empresariales de competitividad y productividad. Exigencias para el ordenamiento laboral en un nuevo entorno económico”, dirigido por el profesor Mercader Uguina y financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III, Madrid (España).

1. Introducción

La competitividad de España ha sido analizada por *The Global Competitiveness Report 2012-2013* antes y durante la crisis, concluyendo un retroceso notable y una estabilización posterior de la posición competitiva de la economía española en los dos últimos años¹. Más concretamente, conforme a su último indicador global de competitividad, nuestro país se está recuperando, si bien lentamente, de una fuerte caída en el ranking de las economías más competitivas.

Del mismo modo, y de forma adicional, el pilar del mercado de trabajo de España, si bien ha mejorado en el ranking de forma ligera aún se mantiene en el puesto 123 a pesar de las recientes y variadas reformas laborales realizadas en los últimos tiempos.

Los factores que inciden en la capacidad competitiva de las empresas son variados y complejos. De forma destacada influyen los costes laborales, pero también es evidente la existencia de otros factores, como puedan ser el uso y la renovación tecnológica, el esfuerzo en investigación e innovación y, por supuesto, la responsabilidad de los trabajadores en el producto empresarial.

Sin lugar a dudas, el último factor aludido, es decir, la responsabilidad de los trabajadores, deviene un pilar fundamental en orden a lograr una mejora en la productividad empresarial. Esta circunstancia ha empezado a dar muestras de su importancia y las últimas reformas han apuntado hacia un cambio en la denominada flexibilidad laboral interna, que abarca los aspectos de la relación laboral que pueden verse afectados por las estrategias de organización del trabajo, las circunstancias de mercado o la carga de trabajo, y que se centra en las variables que la empresa necesitará modificar, dependiendo del momento, en orden a conseguir una organización eficaz que la permita acceder y mantenerse en el mercado con criterios de competitividad.

Partiendo de esta premisa, acto seguido se realizará un análisis de la gestión del tiempo de trabajo como aspecto de la relación laboral que aparece con prioridad dentro de la flexibilidad aludida, y, al mismo tiempo, como factor determinante, en definitiva, de una mejora en la productividad empresarial.

En efecto, tanto la flexibilidad horaria como una adecuada organización de la jornada laboral se convierten en las variables que, bien gestionadas,

¹ La caída más fuerte se registró en el ranking 2010-2011 (descendiendo hasta el puesto 42) para luego recuperar espacios en 2011-2012 y 2012-2013 manteniéndose estabilizada en el puesto 36.

sirven para lograr un mayor compromiso y responsabilidad del trabajador con los objetivos empresariales y, por tanto, una mayor productividad, un alto grado de conciliación laboral y familiar y, por supuesto, un menor absentismo en la empresa. Por el contrario, una mala organización empresarial del tiempo de trabajo tiene como consecuencia un efecto negativo, no sólo para el trabajador debido a la insatisfacción laboral y los cuadros de estrés, sino también para la empresa, pues la rigidez, tanto horaria como de las jornadas de trabajo, tienen una directa vinculación con el aumento de bajas por incapacidad temporal con sus consecuencias directas.

El legislador, ha sido consciente, por tanto, de la realidad descrita y con el objetivo centrado en lograr una mayor flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo con la intención, principalmente, de posibilitar la adaptación de las empresas a los cambios de los modelos productivos, ha ido realizando una serie de reformas que han pasado desde eliminar algunas rigideces en los mecanismos tradicionales de aumento, disminución o modificación de jornada hasta, principalmente, desde el año 1994, concederse a la negociación colectiva un papel mucho más relevante en orden a la concreción del régimen de jornada y horario de trabajo.

No puede negarse que estamos ante un terreno en el que se hace especialmente evidente la contraposición de intereses de las partes, pero, debe partirse de la prevalencia que hoy en día tiene la vertiente cualitativa de la jornada frente a la cuantitativa. En efecto, la evolución legal debería ajustarse a la tendencia de la realidad económica y social en la que priman los aspectos cualitativos de la jornada, es decir, los relacionados con la distribución del tiempo de trabajo, y no los cuantitativos como antaño². Al empresario del siglo XXI no le interesa tanto disponer del trabajador las máximas horas posibles, cuanto disponer del mismo en momentos precisos, de mayor necesidad. De igual modo que, principalmente, desde la entrada masiva de la mujer al mundo laboral, el interés del trabajador, en materia de tiempo de trabajo, se centra en la flexibilidad y pasa a diferir notablemente del que le movía años atrás.

Quien escribe estas líneas es consciente tanto de la complejidad como de la amplitud del tema, por tanto, sin el afán de abordar cada una de las instituciones que voluntariamente saldrían al escenario para ser objeto de estudio, se abordará el análisis de la gestión del tiempo de trabajo

² A este respecto advirtió Escudero Rodríguez, R. que las dos vertientes se encuentran unidas por su interdependencia, en "Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva", *RL*, 1999, 4, 12.

exclusivamente a través del estudio de la jornada irregular y flexible en orden a conseguir el objetivo propuesto. La estructura que se seguirá será la siguiente:

- En primer lugar se analizarán los ámbitos de negociación en los que se ha venido regulando la ordenación del tiempo de trabajo hasta llegar al momento actual, en el que, ante la falta de pronunciamiento legislativo a favor de un concreto nivel, el RDL 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, se han pronunciado abiertamente a favor del convenio de empresa. Si bien ya había dejado la puerta abierta al acuerdo de empresa en la regulación de esta concreta materia el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio de *Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva*.
- En segundo término, diferenciando entre distribución irregular y regular de jornada, se realizará un estudio del papel que han llevado a cabo la negociación colectiva y los acuerdos de empresa en la distribución irregular de jornada y en la flexibilización del tiempo de trabajo.
- Para terminar, se hará alusión a buenas prácticas en la gestión del tiempo de trabajo como modelo a seguir empresarialmente en orden a lograr un menor absentismo y una mayor productividad.

2. La regulación del tiempo de trabajo en los diferentes ámbitos de la negociación colectiva

Han pasado diecinueve años desde que el legislador otorgara a la negociación colectiva la llave que le permitiera llevar a cabo una regulación de la flexibilidad interna y, en concreto, una ordenación del tiempo de trabajo. Desde entonces, la realidad nos ha venido demostrando que esa llave, entregada en el año 1994, no se ha aprovechado como debería haberse hecho, pues en el año 2013 la gestión del tiempo de trabajo a través de la negociación colectiva sigue situándose en el eje del debate, por lo menos hasta la última reforma laboral.

El motivo del poco aprovechamiento aludido hasta la actualidad, sea desconocimiento, desconfianza o mera desidia, no será objeto de estudio, pero, sin embargo, sí merece la ocasión dedicar al menos unas líneas a reflexionar sobre el papel que han desempeñado a lo largo del tiempo los diferentes ámbitos de negociación en lo referente a la ordenación del tiempo de trabajo.

En primer lugar, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que nace con la finalidad

de depositar la confianza en la negociación colectiva, permitió que unas determinadas materias pudieran ser objeto de desarrollo a través de los convenios colectivos, y, a su vez, que sólo unas cuantas pudieran encontrar regulación mediante la vía de los acuerdos de empresa.

En primer lugar, por lo que a los ámbitos de negociación colectiva respecta, desde 1994 hasta la entrada en vigor del RDL 7/2011, de 10 de junio, de *medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*, se destacará que, en relación al tiempo de trabajo, el legislador no se pronunció a favor de un diseño de las funciones que deberían ser asumidas en los diferentes niveles³. De igual modo, desde el año 2001, los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva (AINC) tampoco han recogido criterios orientativos sobre el tema aludido. De manera que debe partirse, a este respecto, de la ausencia de preferencia, en materia de jornada, a favor de unos concretos ámbitos de negociación. Así estaban las cosas hasta el año 2011.

Por primera vez, con el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio de *Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva*, se advirtió un interés manifiesto de convertir al convenio de empresa en el principal referente dentro de las unidades de negociación, en orden a regular la ordenación del tiempo de trabajo. A estos efectos, en materia de concurrencia de convenios, se recogieron reglas distintas sobre la estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, añadiendo un apartado 2 al artículo 84 ET, que denotaba una preferencia, si bien, no absoluta, por los convenios de empresa. Concretamente, se preveía que el convenio de empresa (o de un grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominalmente identificadas) tendría prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial en una serie de materias, entre las que se encontraba la que está siendo objeto de estudio, salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios. Entre las materias a las que se hacía alusión, y que nos interesan por el objeto de estudio, se encontraban: “*El abono o compensación de horas extraordinarias y retribución específica del trabajo a turnos*” y “*El horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y planificación anual de vacaciones*”.

De una primera lectura de esta redacción legal, puede advertirse que la

³ Un amplio estudio del tiempo de trabajo y la negociación colectiva lo realizó Goerlich Peset, J.M. en “El tiempo de trabajo en la negociación colectiva”, *Serie Relaciones Laborales*, 86, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, 23-36.

predilección por los convenios de empresa no podía calificarse de absoluta; sólo sería de aplicación cuando un convenio colectivo supraempresarial no hubiera recogido reglas concretas sobre la estructura o concurrencia de convenios.

Así estaban las cosas hasta la entrada en vigor del RDL 3/2012 y la posterior L3/2012. A partir de ese momento, la calificación que se ha otorgado en el apartado anterior a la predilección de la unidad negociadora empresarial en la gestión del tiempo de trabajo desaparece, pues desde su entrada en vigor la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior devino realidad⁴.

Por lo que respecta a la negociación colectiva, haciendo un análisis de los convenios colectivos⁵, debe comenzar apuntándose como punto de partida, si bien se desarrollará posteriormente, que, en principio, ha sido absolutamente irrelevante el número de convenios estatales que se reservan a su favor la regulación de esta materia. Sirva como ejemplo citar el acuerdo⁶ que modifica el convenio colectivo de la construcción con el objetivo de eliminar del listado de materias reservadas a la negociación estatal, la correspondiente a los “*principios generales de ordenación y prestación de trabajo*”. Siguiendo esta línea apuntada, el convenio colectivo estatal de la madera⁷ en su art.4 delega a los convenios colectivos de ámbito territorial inferior la regulación de materias específicas como el “*calendario de distribución de la jornada anual de trabajo efectivo*”.

Consecuentemente, a grandes rasgos, podría afirmarse la escasa o nula reserva de las materias relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo objeto de estudio a la negociación estatal y, por el contrario, la delegación al convenio de empresa, en línea con la reciente reforma laboral. El siguiente paso consistirá en determinar si esta delegación ha sido efectiva y, por tanto, si se ha regulado en los convenios de empresa la materia objeto de estudio. Si bien el análisis pormenorizado se hará más adelante, baste decir también como punto de partida que pocos son los convenios de empresa que se detienen a regular la materia objeto de

⁴ El apartado 2 del artículo 84 ET de la Ley 3/2012 queda redactado del la siguiente manera: “*La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:... c)El horario y la distribución del tiempo de trabajo...*”

⁵ Un estudio profundo sobre esta cuestión en Goerlich Peset, J.M. en *El tiempo de trabajo... op.cit.*, 30-32.

⁶ Resolución de 29 de abril de 2011 (BOE 29.04.2011).

⁷ Resolución de 21 de noviembre de 2007.

estudio.

Por lo que respecta al papel que han desempeñado los acuerdos de empresa, debe resaltarse desde un primer momento que todas las materias a las que se permitió ser objeto de desarrollo a través de esta vía acuerdo se corresponden con las necesidades prioritarias en la flexibilidad interna de la empresa. Evidencia este hecho probabilidad, y no casualidad, de la viabilidad del acuerdo como instrumento útil para recoger las medidas prioritarias de flexibilidad interna. Del mismo modo, igual afirmación debería hacerse teniendo presente que a lo largo de diecinueve años los sujetos legitimados no han alcanzado los acuerdos de flexibilidad que se han precisado para afrontar las nuevas necesidades del mercado laboral, lograr el éxito en la productividad y competitividad empresarial, y cumplir las expectativas de los trabajadores de cara a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Posiblemente por este motivo, las últimas reformas han permitido adentrarse en la regulación de esta materia, si bien de forma subsidiaria, al pacto entre representantes de los trabajadores y empresa en relación con la distribución irregular de la jornada anual.

Parece, por tanto, que no sería imprudente, sino que entraría dentro de la razonabilidad, permitir que sean los sujetos directamente implicados en el mantenimiento del empleo, es decir, los representantes de los trabajadores a nivel empresarial y los empresarios, quienes decidan en momentos coyunturales difíciles, como el que ahora mismo atraviesa el país, qué ordenación del tiempo de trabajo les resulta más beneficiosa, pero no sólo a efectos de distribución irregular sino de forma extensiva a todas las materias relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo.

Los propios negociadores se han percatado de esta necesidad, como se señalará más adelante, sirva citar a estos efectos la remisión realizada por el convenio textil⁸, cuyo art. 37, titulado "*ordenación de jornada*" remite al acuerdo entre la dirección empresarial y los representantes de los trabajadores sobre aplicación de un sistema de flexibilidad en la ordenación de su jornada sólo limitado por el total de horas anuales pactadas, el descanso mínimo entre jornadas y los máximos estatutarios de 10 horas diarias y 50 semanales. Del mismo modo, se recogen dos procedimientos alternativos, pero sólo de aplicación a falta de acuerdo. En esta misma dirección, se destaca el reciente III Acuerdo Estatal del sector Cemento⁹, en el que la distribución de la jornada anual pactada y el horario de trabajo correspondiente se entiende materia que debe regularse,

⁸ De fecha 24 de septiembre de 2008.

⁹ Resolución de 16 de febrero de 2011.

antes del día 1 de enero de cada año, a través de un acuerdo empresarial. Esta misma línea que recientemente se está siguiendo en los convenios colectivos de ámbito estatal, no obstante, ya venía apuntándose años atrás. A estos efectos puede citarse el art. 17 del convenio colectivo de Puertos del Estado y Portuarias, en el que ya se contemplaba esta distribución irregular¹⁰.

Como conclusión, podría señalarse que la lógica invita a concluir que empresa y representantes de los trabajadores son las partes que, en cada empresa o centro de trabajo, mejor pueden adoptar iniciativas organizativas a través de la gestión del tiempo de trabajo. La actual crisis económica podría ser motivo suficiente para facilitar las competencias necesarias en orden a conseguirlo y, en definitiva, adaptar los contenidos del acuerdo a la realidad de las empresas. Del mismo modo, a través del acuerdo logrado entre representantes legales y empresarios, debería concretarse la organización del tiempo de trabajo en orden a las necesidades de conciliación de vida familiar y laboral. Sólo logrando atender ambos intereses e intentado lograr la ponderación entre los mismos se avanzaría en el terreno de la igualdad por razón de sexo y en el aumento de la productividad.

A mayor abundamiento, en esta dirección parece apuntar la nueva reforma laboral, si bien el límite legal en la regulación de la gestión de horario y tiempo de trabajo aparece, no en el acuerdo de empresa, sino en convenio de ámbito empresarial. De forma que sólo se permite legalmente la intervención del acuerdo a efectos de distribución de jornada de manera irregular.

Debe destacarse, para finalizar, que con la nueva regulación, en realidad, como ha podido observarse, no se hace más que trasladar al texto legal una práctica que venía realizándose debido a la falta de determinación legal de un diseño de las funciones que deberían ser asumidas en los diferentes niveles de negociación colectiva. Por tanto, la poca eficacia que se ha venido observando en la materia objeto de estudio, seguirá siendo protagonista a corto plazo. Mientras permanezca el freno al empleo de los acuerdos de empresa como vía de ordenación del tiempo de trabajo no se logrará un instrumento útil en orden a establecer las medidas prioritarias para ambas partes en materia de flexibilidad del tiempo de trabajo.

Igualmente, mientras los Tribunales continúen no aceptando los acuerdos *inter partes* en esta materia, y, por tanto, defendiendo que en dicho supuesto se estaría vulnerando el derecho a la negociación colectiva difícil

¹⁰ Resolución de 21 de diciembre de 2005.

avance puede producirse en la distribución del tiempo de trabajo¹¹. El freno en la materia está asegurado no permitiendo la prevalencia de la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva, siempre que no se vulneren los derechos fundamentales, pues como se reflejará con mayor profundidad en las siguientes líneas, poco o nada se encarga de regular la flexibilidad del tiempo de trabajo la negociación colectiva. Además, sirva añadir a este respecto que la primacía del acuerdo individual frente a la negociación colectiva debería encontrar absoluta justificación tras permitirse, con la última reforma laboral, la posibilidad del descuelgue del convenio colectivo aplicable.

3. Medidas de ordenación del tiempo de trabajo

Con el objetivo centrado en lograr una mayor flexibilidad en la utilización de la fuerza del trabajo en aras de conseguir una mayor productividad, una mejor conciliación de la vida familiar y laboral y, por ende, una menor falta de asistencia al trabajo, el legislador ha venido introduciendo una serie de modificaciones legislativas. Dejando atrás, por tanto, el aspecto cuantitativo de la jornada, tanto el legislador como los agentes sociales han ido intensificando los mecanismos de flexibilidad de los tiempos de trabajo abriendo la puerta a la jornada irregular y flexible.

3.1. La distribución irregular de la jornada en tiempos de crisis

3.1.1. Introducción

Las normas mínimas en materia de organización de tiempo de trabajo vienen recogidas en la Directiva 2003/88/CE *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*¹². En ella, muy brevemente y sólo a los efectos que aquí interesan, se garantizan derechos como los siguientes: una jornada máxima semanal de 48 horas (incluidas las extraordinarias), un periodo de descanso mínimo de 11 horas consecutivas cada 24 horas,

¹¹ Vid. en este sentido la sentencia TSJPaís Vasco, de 1 de febrero de 2011 (R. 7/2011), donde se interpretó en la dirección apuntada el acuerdo individual con los trabajadores para prestar servicios los sábados por la tarde durante los meses de julio, agosto y septiembre, en contra de lo establecido en el convenio colectivo aplicable.

¹² BOE 18.11.2003.

pausas cuando el tiempo de trabajo diario es superior a seis horas, y un periodo de descanso semanal mínimo de 24 horas más el descanso diario de 11 horas cada siete días.

Pues bien, partiendo de esta norma de mínimos, y por lo que respecta a la jornada ordinaria anual máxima, los países se dividen en tres grupos¹³ atendiendo a la regulación legal del tiempo de trabajo. En un primer grupo, que es el más numeroso, se encuentran los países que en su ordenamiento interno recogen el máximo legal de 48 horas semanales¹⁴. Un segundo grupo se encuentra integrado por países que reducen su jornada semanal a 40 horas, en el que se ubica España¹⁵. Finalmente, sólo Bélgica es el país con una duración semanal máxima de la jornada inferior a 38 horas semanales.

Sin embargo, si atendemos a la negociación colectiva, la clasificación anterior deja de tener utilidad. Sirva como ejemplo Francia, país que, gracias a la gestión de negociación colectiva cuenta con el menor número de horas de trabajo, tanto computadas semanalmente (35 horas) como de forma anual (1588h.). La otra cara de la moneda la forman los países de la Europa del Este, donde existen jornadas anuales superiores a las 1800 horas.

Así las cosas en el ámbito europeo, centrándonos en nuestro país, el art. 34.1 *in fine* garantiza que “la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.”

Por otro lado, el nuevo art. 34.2 ET reza de la forma siguiente: “Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley”. No debe olvidarse, a estos efectos, la prioridad que la nueva redacción del art. 84.2 ET otorga en esta materia a los convenios de empresa frente a los sectoriales.

Como conclusión, de la lectura de esta regulación, ya se ha advertido anteriormente, se deduce, por una parte, que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual; por otro lado, que el convenio

¹³ Vid. *Productividad y Empleo II Tipos de jornada y productividad del trabajo*. Dir. Montañés Bernal, A, Cesa, Zaragoza, 2011, 51.

¹⁴ Chipre, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Rumanía y Eslovaquia.

¹⁵ Igual que España, tienen reducida la jornada semanal Austria, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Letonia; Portugal, España y Suecia.

colectivo o, en su defecto, el pacto de empresa, son las vías apropiadas en orden a establecer la distribución irregular de la jornada.

A este respecto debe señalarse la existencia de una serie de limitaciones legales. Por ejemplo, en la determinación de la distribución irregular deberá respetarse el límite diario de jornada, establecido legalmente en nueve horas diarias, permitiéndose, sin embargo, que el convenio colectivo amplíe dicha jornada máxima diaria siempre que respete el descanso entre jornadas de doce horas; las horas diarias realizadas que superen la novena no tendrán la consideración de extraordinarias si no se recoge expresamente en el convenio siempre que no superan la jornada legal; y que deberá, igualmente, respetarse el descanso semanal, si bien, nuevamente, los convenios colectivos pueden recoger la acumulación del descanso en períodos de dos semanas.

En relación a la primera medida de flexibilidad anunciada, es decir, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo establecida en cuarenta horas semanales, debe advertirse que conforma ciertamente un mecanismo eficaz en orden a la lucha contra el trabajo extraordinario¹⁶. Al mismo tiempo, ofrece un margen amplio de disposición de la jornada de trabajo a la autonomía colectiva, pues sólo se considerarán horas extraordinarias, ante una distribución semanal de la jornada anual de forma irregular, aquéllas que sobrepasen, en una concreta semana, la duración fijada con independencia de que superen o no las cuarenta horas semanales¹⁷.

En cuanto a la segunda medida legal señalada, que constituye el principal mecanismo que se ha utilizado legislativamente con el objeto de flexibilizar la ordenación del tiempo de trabajo, la distribución irregular del tiempo de trabajo, debe apuntarse que el legislador, no consciente de la proximidad existente entre empresa y tiempo de trabajo, no otorgó desde el año 1994 primacía a concretas unidades negociadoras, aunque sí lo ha hecho recientemente, a través del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y con la Ley 3/2012, concediendo absoluto protagonismo en esta materia a los convenios de ámbito empresarial, y en su defecto al acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores¹⁸. Esperemos que a través de

¹⁶ Durán López, F., "Ordenación del tiempo de trabajo", en AAVV, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, 1987, p. 164.

¹⁷ La jurisprudencia ha precisado a este respecto que la jornada máxima anual equivalente sería de 1.826 horas y 27 minutos de trabajo (resultado de multiplicar 40 horas por las semanas del año, restando las vacaciones, el descanso semanal y festivos).

¹⁸ El Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio de Medidas Urgentes para la Reforma de

esta nueva medida se logre flexibilizar la ordenación del tiempo de trabajo y se consigan unos resultados similares a los de Francia. Como ya se ha apuntado, en este país, mientras que su ordenamiento interno recoge un máximo de 48 horas de jornada máxima legal, la negociación colectiva ha logrado convertir al país con menos horas de trabajo semanales (35). En España, al contrario, aun regulándose legalmente un máximo inferior de horas de trabajo (40h.), en la negociación no se ha llegado a descender las horas máximas en cómputo semanal

Ahora bien, a pesar de dotar de protagonismo a las partes en orden a regular el tiempo de trabajo, el legislador especifica que *“En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”*¹⁹.

A través de esta medida pretende fomentarse la negociación, vía convenio o acuerdo, de una materia que bien gestionada, a través de una coherente ponderación de intereses, deviene en una pieza clave en orden a conseguir una disminución del absentismo y una mayor productividad empresarial. En efecto, si las partes, legitimadas o no, por cualquier motivo, como ya se ha apuntado, no muestran su implicación en la regulación del tiempo de trabajo, la empresa, de manera unilateral, tiene potestad para fijar de manera irregular el 10 por ciento de la jornada de trabajo. Por tanto, esta matización no debe interpretarse, como hace la Confederación de CCOO en el sentido de medida con la cual se *“hará inviable cualquier pretensión y derecho de conciliación de la vida y del empleo para las mujeres (Art. 44 de la LOIEMH); de manera que se convertirá en un factor más que lleve a las trabajadoras a abandonar, por incompatible con sus responsabilidades familiares, el puesto de trabajo.”* Al contrario, debe entenderse como medida cuya finalidad es impulsar a los representantes y empresarios a la negociación de una materia a la que siempre se han resistido, como se verá más detenidamente acto seguido.

En definitiva, con la medida adoptada se pretende, por una parte, impulsar la negociación de la gestión del trabajo entre representantes de los trabajadores y empresarios como forma más acertada en orden a lograr adecuar el tiempo de trabajo tanto a las necesidades empresariales como a los propios intereses comunes de las partes²⁰ y, por otro lado, evitar, como

la Negociación Colectiva, ya lo hizo, si bien la negociación a nivel empresarial quedaba condicionada por la regulación de la materia en el ámbito sectorial.

¹⁹ Debe advertirse que mientras el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero limitaba el margen de maniobra a la empresa en el supuesto de defecto de pacto al cinco por ciento, la Ley 3/2012 lo asciende al 10 por ciento.

²⁰ Roqueta Buj, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, en *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios, Guerlich Peset, J.M,

se verá más adelante, la existencia de cláusulas convencionales en las que se permita que sea unilateralmente el empresario quien pueda disponer la distribución irregular de jornada.

3.1.2. Distribución irregular y negociación colectiva

Acto seguido, se ofrecerá una muestra de la regulación convencional en el tema objeto de estudio en dos fases: una, previa, en relación a las previsiones recogidas en la negociación colectiva en cuanto a la duración de la jornada y, acto seguido, una segunda en la que se expondrá la tendencia convencional a efectos de distribución irregular de jornada.

En primer lugar, a título introductorio, por lo que a la jornada máxima se refiere, como ya se ha advertido, en el caso de Europa la duración media está por debajo de la española, aunque entre 2000 y 2008 la jornada española se redujo en 12 minutos. De esta manera, España se encuentra por debajo de países como Reino Unido, Suecia, República Checa y Eslovenia en horas semanales trabajadas, aunque por encima de Noruega, Irlanda y Luxemburgo²¹. Una vez señalada la tendencia al descenso, esta se demostrará trayendo a colación algunos convenios colectivos por lo que a jornada máxima se refiere.

- Conforme a la existencia de una indudable tendencia a la regulación *ex professo* de una jornada igual, y en la mayoría de las ocasiones, inferior a las cuarenta horas, sirvan como ejemplo los convenios siguientes ordenados de mayor a menor horas de trabajo efectivo: 1826h/año en el art. 26 del convenio colectivo de Servicios Generales, SL²²; 1.784 h/año en el art. 23 del convenio colectivo del grupo Eroski²³; 1.715 horas/hora²⁴ en el art. 14 del convenio colectivo de estudios e ingeniería aplicada XXI, SA²⁵; 1712,25 h/año²⁶ en el art. 5 del convenio colectivo de Flowserve

(Coord.), *Serie Relaciones Laborales*, 86, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

²¹ En *Productividad y Empleo II Tipos de jornada y productividad del trabajo*, Montañés Bernal, A. (Dir.), CESA, Zaragoza, 2011, 97.

²² BOE 21.03.2011.

²³ BOE 15.04.2011.

²⁴ Como curiosidad, este convenio regula una jornada máxima distinta, y mayor, para uno de sus centros de trabajo: 1800/h para el centro de trabajo de Cartagena.

²⁵ BOE 08.02.2011.

²⁶ En igual sentido este convenio advierte que la jornada laboral en la planta de Coslada y en la planta de Arganda será de 1737 h/año.

- Spain, SL²⁷; 1.672 h/año en el grupo de empresas E.ON España²⁸
- Atendiendo al sector, y conforme los datos ofrecidos por el Anuario Estadístico de España, la jornada efectiva media por trabajador es la siguiente:
 - 1) Industria: ha pasado de tener 1.733,3 h. en el año 2000, a 1.677,1 en 2007.
 - 2) Construcción: pasó de tener un total de 1781,6 en 2000, a 1.749,1 en 2007.
 - 3) Servicios: este sector pasó de 1.632,6h en el año 2000, a 1578,4 en el año 2007.

Como conclusión, en términos generales, puede advertirse que la reducción de la duración de la jornada es evidente en los últimos tiempos, concretamente desde la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. La jornada laboral media anual pasó de 1672 horas en 1999 a 1611 en 2008, hecho que demuestra una reducción aproximada de 10 horas anuales por trabajador.

En segundo lugar, en relación a la vía apropiada para regular la distribución irregular, siguiendo la nueva redacción del art. 34.2 ET y sin olvidar la del art. 84.2 ET, como ya se ha advertido con anterioridad, no pocos convenios colectivos, tanto de sector como de empresa, contemplan la posibilidad de realizar distribución irregular de la jornada a través del acuerdo de empresa:

Por lo que se refiere al ámbito de empresa, destaca el art. 25 del convenio colectivo de Seguriber Compañía de Servicios Integrales, SLU²⁹, que permite a “la empresa, de acuerdo con la representación de los trabajadores establecer otras fórmulas para el cálculo de la jornada mensual a realizar”. Además, la flexibilidad se hace más destacada en los párrafos siguientes: “La distribución de la jornada de trabajo, tanto diaria como mensual, será la pactada por las partes y en función de las necesidades del servicio establecidas por el cliente, no superando el cómputo de la jornada anual establecida en este Convenio. Asimismo, si un trabajador no pudiese realizar su jornada mensual por necesidades del servicio, deberá compensar su jornada en los tres meses siguientes.”

Igualmente, deben destacarse a este respecto las cláusulas de los siguientes convenios de empresa que consideran potestad exclusivamente empresarial la referente a fijar la distribución de la jornada de trabajo. Sirva como ejemplo el convenio colectivo de Sun Planet, SA³⁰, en el que

²⁷ BOE 15.04.2011.

²⁸ BOE 11.03.2011.

²⁹ BOE 26.05.2011.

³⁰ BOE 31.01.2011.

literalmente se recoge que *“la empresa está facultada para establecer la distribución irregular de la jornada de trabajo máxima anual”*, si bien recoge los siguientes límites: *“sin que en ningún caso se puedan sobrepasar 9 horas diarias de trabajo efectivo...y siempre que se compense el exceso con descanso equivalente o mediante la correspondiente disminución de la jornada”*. En esta misma dirección el art. 28 del convenio colectivo de la empresa Logifruit, SL³¹ señala que *“la distribución de jornada se efectuará por la dirección de la empresa en cada delegación, pudiendo concentrar los periodos de trabajo en determinados días, meses o periodos, en función de las necesidades de la organización del trabajo y con un reparto irregular de la misma a lo largo del año”*. Habría que añadir el art. 28 del convenio colectivo de minas de Almadén y Arrayanes, S.A.³²; el art. 21 del convenio de Hertz de España, SL³³; o el art. 25 del convenio de Seguriber Compañía de Servicios Integrales, SLU³⁴. Finalmente, el convenio colectivo de Uniones Temporales de Empresas de Groundforce³⁵ literalmente recoge que *“la empresa tendrá plena facultad para establecer jornadas, turnos y horarios del personal”*.

Más recientemente, el convenio colectivo, aún no publicado, de Grandes Almacenes, en su art. 27, acogiéndose a la nueva normativa, literalmente recoge que las empresas pueden variar la jornada para atender imprevistos como ausencias no previstas de trabajadores para su sustitución (con un preaviso mínimo de siete días, del día y la hora de la prestación de trabajo) siempre que la suma de estas horas no exceda anualmente del porcentaje contenido en el art. 34.2 ET. Del mismo modo, añade que *“en los casos en que se autoricen o modifiquen los días u horarios de apertura comerciales con posterioridad a la formulación de la distribución periódica correspondiente, los cambios de planificación relacionados con las mismas se comunicarán al trabajador con la mayor antelación posible”*.

En cuanto a convenios sectoriales, el art. 28 de convenio colectivo de Minas de Almadén y Arrayanes, SA (BOE 04.01.2011) recoge que *“A propuesta de la empresa y previo acuerdo con la representación social y con carácter exclusivo de las actividades del parque minero que así lo requieran, se podrá establecer la distribución irregular del horario y jornada a lo largo del año”*.

Igualmente, como ya se ha destacado, en el ámbito estatal, el convenio textil³⁶, cuyo art. 37, titulado *“ordenación de jornada”* remite al acuerdo entre la dirección empresarial y los representantes de los trabajadores sobre

³¹ BOE 10.03.2011.

³² BOE 04.01.2011.

³³ BOE 14.03.2011.

³⁴ BOE 26.05.2011.

³⁵ BOE 22.03.2011.

³⁶ De fecha 24 de septiembre de 2008.

aplicación de un sistema de flexibilidad en la ordenación de su jornada sólo limitado por el total de horas anuales pactadas, el descanso mínimo entre jornadas y los máximos estatutarios de 10 horas diarias y 50 semanales. Del mismo modo, se recogen dos procedimientos alternativos, pero sólo aplicativos a falta de acuerdo. En esta misma dirección, destaca el reciente III acuerdo estatal del sector cemento³⁷, en el que la distribución de la jornada anual pactada y el horario de trabajo correspondiente se entiende materia que debe regularse, antes del día 1 de enero de cada año, a través de un acuerdo empresarial.

En definitiva, puede comprobarse que, con carácter general, las formas de distribución irregular de las jornadas previstas a través del número de horas de trabajo y con especificación de la forma en la que se llevará a cabo su distribución aparecen delegadas, con carácter general, tanto a los acuerdos entre empresa y representantes de los trabajadores como unilateralmente al propio empresario.

3.2. La distribución flexible de la jornada y su impacto en la productividad

3.2.1. Introducción

Como bien advirtiera Roqueta Buj³⁸ es conveniente, a los efectos de paliar problemas de seguridad jurídica, señalar la distinción entre distribución irregular de jornada y flexible. Partiendo de la dificultad que entraña delimitar la frontera existente entre ambos tipos de reparto del tiempo de trabajo, baste con señalar en estas líneas que a través de la expresión “Jornada irregular”, como se ha señalado en el apartado anterior, se pone de manifiesto la posibilidad de variar la jornada laboral más allá de las cuarenta horas semanales. Sin embargo, con la utilización de la expresión “distribución flexible”, en primer lugar, debe partirse de la jornada de carácter regular pero cuya característica se refleja en la posibilidad de que el empresario pueda modificar dicha jornada según las necesidades de la empresa o del trabajador.

En suma, y con carácter meramente introductorio, en el momento en que las partes fijan un concreto sistema de distribución flexible de la jornada de trabajo debe tenerse en cuenta que, por una parte, con él se permite a

³⁷ Resolución de 16 de febrero de 2011.

³⁸ Roqueta Buj, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, *El tiempo de trabajo ...op.cit.*, 70.

las empresas responder con más solvencia a las necesidades productivas y a la competitividad en el mercado de trabajo sin necesidad de incrementar costes de personal, y, por otra parte, sirve de instrumento conciliador a los trabajadores. Centrándonos en este segundo supuesto, y volviendo al denominado “riesgo moral”³⁹, no son pocas las Incapacidades Temporales cuyo origen no se encuentra en la enfermedad del trabajador sino en la imposibilidad manifiesta de asistir a asuntos personales o atender necesidades familiares por la excesiva rigidez de la jornada.

3.2.2. Tendencias generales de jornada flexible en la negociación colectiva

Una mayor flexibilidad en los horarios de trabajo nacida de un acuerdo entre empresarios y trabajadores, permite, como hemos visto un mayor ajuste entre la oferta y la demanda y, al mismo tiempo, un mejor reparto del tiempo de trabajo de los trabajadores entre su actividad laboral y su vida personal o familiar.

A lo largo de las siguientes líneas se reflexionará acerca de si la evolución que han sufrido las jornadas pactadas ha seguido el camino de la flexibilización o si, por el contrario, tanto las empresas como los trabajadores se encuentran aún inmersos en un entramado de relaciones contractuales y costumbres en el momento de organizar el tiempo de trabajo con la consecuente insatisfacción personal, por no poder compatibilizar vida privada y laboral y el evidente perjuicio en la productividad empresarial.

3.2.2.1. Jornada continua *versus* jornada partida

Las líneas siguientes, por cuestiones de espacio y porque más del 80% del total de jornadas son a tiempo completo, se centrarán en el análisis de la distribución de esa jornada regular entre continuada y partida.

Lamentablemente en España muchas jornadas empiezan a las nueve de la mañana, se hace una interrupción para comer, y el trabajador sale de su trabajo a las siete de la tarde como mínimo. A menudo, además, existen reuniones que empiezan a las seis o a las siete de la tarde y culminan a las

³⁹ Vid. Mercader Uguina, J.R. “La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 8.

nueve de la noche. La pregunta que emerge seguidamente es si la empresa es más rentable teniendo jornadas partidas, en las que el tiempo de presencia en el trabajo prima frente al rendimiento desarrollado por los trabajadores. O bien, si, por el contrario, sería más eficiente hacer el mismo trabajo logrando comer en una hora y trabajar hasta las cinco en una jornada continuada.

Ahora bien, con el paso del tiempo, con un ritmo más lento que el deseado, se ha ido adquiriendo en nuestro país una mayor aceptación de la jornada continua frente a la partida, al entenderse como mecanismo flexibilizador que permite compatibilizar la vida privada con la laboral⁴⁰. En efecto, agrupar en un concreto intervalo de tiempo sin solución de continuidad las tareas del trabajo permite al trabajador disponer de mayor cantidad de tiempo para poder dedicar a otras tareas, ya sean personales como familiares. En el fondo, con la puesta en práctica de esta medida, se trataría de eliminar los “*tiempos muertos*” así como una reducción de los asociados a desplazamientos o a costes de manutención fuera del domicilio habitual⁴¹.

Otro factor a favor de este tipo de jornada se basa en que la cobertura de necesidades familiares y personales a través de este instrumento se ha puesto de manifiesto, puesto que las mujeres son quienes, en su mayoría, hacen uso de la jornada continuada. Concretamente un 62,9% de mujeres en 2008 frente al 45,09% de hombres que tienen este tipo de jornada en sus trabajos. Destacándose, a estos efectos, la existencia de una brecha de casi 20 puntos porcentuales entre sexos⁴². Consecuentemente, con la jornada continua se fomenta la conciliación de la vida familiar y laboral evitándose ausencias.

Del mismo modo, otro dato a tener en cuenta por su relevancia es el grado de satisfacción del trabajador según la jornada de trabajo que realiza. Y en esta dirección debe apuntarse que son los trabajadores con jornada continua los que muestran ese mayor grado de satisfacción. Aumento que sigue produciéndose en los últimos años⁴³.

Puede deducirse, por tanto, que, en general, en la economía española se muestra una inevitable tendencia hacia la organización del tiempo de

⁴⁰ Concretamente, atendiendo al Anuario de estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Encuesta de Coyuntura Laboral, del 44% de trabajadores laborales con jornada laboral continua se pasó a un 46% en el año 2008.

⁴¹ En *Productividad y Empleo II Tipos de jornada y productividad del trabajo*, Montañés Bernal, A. (Dir.), Cesa, Zaragoza, 2011, 89.

⁴² Fuente: Encuesta de Calidad de Vida en el trabajo. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

⁴³ Vid. *Productividad y empleo II... op.cit.*, 90 y ss.

trabajo a través de jornadas continuadas, salvo en el supuesto de la construcción, en el que priman los trabajadores del sexo masculino.

En las líneas siguientes se expondrá el papel que la negociación colectiva juega en esta materia. Para conseguirlo se ha utilizado un estudio realizado en el marco del I Observatorio de la Negociación Colectiva elaborado por la Fundación Sagardoy.

- El art. 26 del convenio colectivo de Esc Servicios Generales, SL⁴⁴ remite al acuerdo de empresa la posibilidad de negociar que la jornada sea continuada o dividida *“sin que en este caso pueda serlo en más de dos períodos”*.
- Otros convenios, sin embargo, recogen la jornada partida como regla general. Tal es el caso de la empresa Transformación Agraria, SA⁴⁵, cuyo art. 20 recoge, como regla general, la jornada partida: *“La jornada de trabajo, con carácter general, será partida en horario de mañana y tarde, con excepción del personal que por las peculiaridades del puesto dispongan de un régimen de trabajo a turnos”*.
- Finalmente, también en la negociación colectiva se prevé que sólo en base a concretas necesidades, la empresa pueda establecer la jornada fraccionada (art. 34 del convenio de Uniones Temporales de Empresas de Groundforce⁴⁶).

Finalmente, merece destacar el art. 20 del convenio de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA⁴⁷, en el que se recoge un horario flexible exclusivamente para los trabajadores con jornada partida: *“Para aquellos trabajadores sujetos a jornada partida, se establece una flexibilidad horaria en la hora de entrada al trabajo de 1 hora y 30 minutos, entre las 8,00 y las 9,30 horas, estando fijada la salida a partir de las 18,00horas, para aquellos trabajadores sujetos a jornada partida se establece una flexibilidad para el tiempo destinado a la comida de entre un mínimo de 1 hora y un máximo de 1 hora y 30 minutos, de la que se podrá disfrutar a partir de las 14 horas”*.

3.2.2.1. Distribución flexible de la jornada. Las diferentes técnicas

Como viene advirtiéndose a lo largo de este trabajo, ya desde el año 1994 se ampliaron las facultades concedidas a la negociación colectiva en orden

⁴⁴ BOE 21.03.2011.

⁴⁵ BOE 11.03.2011.

⁴⁶ BOE 22.03.2011.

⁴⁷ BOE 26.04.2011

a regular el tiempo de trabajo. Por lo que se refiere, concretamente, a la flexibilidad de horarios, son varias las opciones posibles en orden a lograr un equilibrio entre los intereses contrapuestos. En efecto, en algunas empresas, durante los últimos años, se ha ido observando la utilización de horarios flexibles de entrada y salida, el empleo de turnos o la posibilidad de reducir la jornada de trabajo o, incluso, transformar jornadas a tiempo completo en jornadas a tiempo parcial. Estos dos últimos mecanismos no pueden ser objeto de estudio debido a la extensión exigida en el presente trabajo.

A) Horario flexible

Por lo que respecta a los horarios, en primer lugar, como advierte Mercader Uguina, hacen referencia al momento de inicio y finalización de la jornada diaria, y a través de ellos se concreta la jornada diaria laboral⁴⁸. Por tanto, debe partirse de que los conceptos de jornada y horario son muy próximos y están vinculados entre sí, siendo el segundo una consecuencia del primero porque siempre debe respetarla.

Por tanto, la jornada y el horario se convierten en piedra angular de la gestión del tiempo de trabajo, y, a su vez, en la clave de la noción de productividad. A estos efectos, no resulta difícil concluir que el horario de Europa es más productivo que el español, pero, sin embargo, paradójicamente, también es el que permite más tiempo libre. A mayor abundamiento, España es el país que más horas trabaja de toda Europa (unas 200 más de media), pero también es el penúltimo en productividad. Aunque cada vez más empresas están sensibilizadas, no debe olvidarse que en nuestro país se parte de una tradición de un horario que divergía, y aún sigue divergiendo, bastante del europeo⁴⁹, y aún queda un duro trabajo a este respecto. Ya hemos observado en el apartado anterior que la jornada continua se impone frente a la partida, no obstante, el control del horario se hace necesario en orden a lograr una conciliación efectiva y, consecuentemente, una mayor responsabilidad e implicación del trabajador en la empresa.

Por tanto, se convierte en prioridad absoluta, no sólo la jornada continua, sino también que el horario de trabajo se cumpla conforme a la jornada máxima pactada porque los niños necesitan que sus padres tengan hora de llegar a casa⁵⁰. Con las jornadas partidas y los horarios rígidos los

⁴⁸ Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2011, 410.

⁴⁹ Vid. un interesante estudio De Miguel, A. y De Miguel, I., *Encuesta. El mismo Euro La Misma Hora*, Asociación para la Racionalización de los Horarios Españoles.

⁵⁰ Desde los años 90 ha surgido una generación de “niños llave”. Se les llama así porque llegan a su casa por la tarde, abren la puerta y están solos en muchas ocasiones hasta más

trabajadores se encuentran desmotivados porque aparecen los problemas familiares, la falta de diálogo y, consecuentemente, la desmotivación laboral comienza a aflorar, acudiendo en muchos casos, como hemos advertido, a las bajas por Incapacidad Temporal que no hacen más que encubrir la imposibilidad de conciliación.

Por tanto, partiendo de la premisa consistente en que el horario, estrechamente vinculado a la jornada de trabajo, determina el momento de entrada y salida al trabajo, pueden distinguirse cuatro grupos, atendiendo a la IV Encuesta Eurofound sobre las condiciones de trabajo. En primer lugar, como horario rígido, sería el *establecido por la empresa*, sin posibilidad de negociación alguna. En segundo lugar, en los denominados *horarios fijos variables*, la flexibilidad se pone de manifiesto porque el empresario ofrece una serie de horarios alternativos y el trabajador elige el que mejor se adapta a sus necesidades personales y familiares. En tercer lugar, los *horarios flotantes* suponen que el trabajador elige entre varios, como puede ser la hora de entrada y salida, dentro de unos márgenes fijados por la empresa. Finalmente, en el *horario libre*, el trabajador gestiona unilateralmente el tiempo de trabajo.

Observando los diferentes grupos de horarios posibles, fácilmente se identifica que una remodelación de los hábitos horarios tendiendo a los flexibles (variables o flotantes) mejoraría la conciliación y, por tanto, se lograría una mayor productividad de la empresa. Para lograrlo deviene imprescindible la negociación colectiva, puesto que, principalmente, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, se convierte en el instrumento eficaz, y único, en orden a lograrlo puesto que el legislador así lo recogió en el art. 34. 8 ET.

Sin embargo, lamentablemente, la negociación colectiva, de nuevo no está a la altura de las circunstancias. En los últimos convenios colectivos de empresa sólo pueden traerse a colación los siguientes:

- Art. 21.c) del convenio colectivo de Hertz de España SL⁵¹: “En todas las actividades de la empresa se admitirá una flexibilidad de 15 minutos como máximo en la hora de entrada al trabajo, debiendo recuperarse los minutos de retraso en cada jornada laboral”.
- Un poco más lejos llega el art. 14 del convenio colectivo de Eurocopter España, SA⁵²: “Se establece una flexibilidad de 45

de las nueve de la noche”, en “Necesitan que sus padres tengan hora de llegar a casa”, Diario Qué!, 15 de marzo de 2010.

⁵¹ BOE 14.03.2011

⁵² BOE 15.03.2011

minutos al inicio de la jornada, para el personal de jornada partida, prolongando la jornada en los mismos 45 minutos al término de la misma, completando, en todo caso, su jornada en cómputo quincenal.”

- Aumentando la flexibilidad horaria se encuentra el convenio colectivo de Noroto, SA⁵³: “Por la mañana el horario de entrada será desde las 8.30horas hasta las 9.30 horas. Por la tarde, el horario de salida será desde las 15 horas hasta las 16 horas...”. También una hora de horario flexible se autoriza en el convenio colectivo de Cargill, SL para los centros de trabajo de Barcelona, San Cugat del Vallés, Reus, La Roda, Zaragoza y Martorell ⁵⁴
- Igualmente, pero permitiendo una flexibilidad mayor, tanto el II convenio colectivo de Iberdrola Inmobiliaria, SAU⁵⁵ como el CC de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SQA⁵⁶ y el de European Air Transport Leipzig GMBH, Sucursal en España (BOE 16.06.2011) recogen una flexibilidad de una hora y media para la entrada/salida (arts. 17, 20 y 10 bis, respectivamente).
- Por último merece la pena destacar dos convenios más. Por una parte, el de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas y su personal en España (BOE 31.05.2011), cuya norma general es que el trabajador es quien determina por sí mismo el comienzo y el final de su jornada diaria dentro de los periodos flexibles de 5 días, de lunes a viernes, si bien dicho derecho queda limitado a que las necesidades del servicio lo permitan y al pre-acuerdo (art. 19.4.2). Por otra parte, el convenio de Serviabertis, SL (BOE 26.04.2011), cuyo art. 10 permite la flexibilidad en el horario de entrada sólo en el supuesto del personal con hijos de hasta 14 años.

Debe advertirse, no obstante, que la utilización de horarios flexibles, que beneficien al trabajador, depende en gran medida del sector de actividad. Concretamente, las actividades menos flexibles son la industria y la construcción, donde se encuentran más de un 75% de trabajadores con horarios implantados por el empresario. La otra cara de la moneda la componen el sector financiero y el de servicios profesionales, donde aproximadamente la mitad de los trabajadores tienen algún tipo de flexibilidad en su horario. Seguidamente se encuentra la administración pública y educación y sanidad, donde predominan los horarios flotantes⁵⁷.

⁵³ BOE 28.02.2011

⁵⁴ BOE 7.06.2011.

⁵⁵ BOE 21.03.2011.

⁵⁶ BOE 26.04.2011.

⁵⁷ Vid. cuadros comparativos en *Productividad y Empleo II Tipos de jornada y productividad del*

En último lugar, la agricultura y servicios profesionales son las únicas actividades en las que el porcentaje de trabajadores con autonomía absoluta supera el 10%.

Para finalizar, se expondrán unos ejemplos de prácticas que, por lo que respecta al horario laboral flexible, demuestran la posibilidad de conciliar vida laboral y personal y, al mismo tiempo, conseguir una mayor productividad. En definitiva, se traerán a colación acto seguido una serie de medidas con las que mejorar el nivel de satisfacción y compromiso de los trabajadores y, al mismo tiempo lograr una mejora en el clima laboral junto con una reducción significativa de las ausencias no deseadas.

Por tanto, sirva como ejemplo la empresa *Alcatel*, donde los trabajos de desarrollo, asistencia y pre-venta permiten que la flexibilidad horaria sea total y sólo se ficha por control de seguridad. Desde hace más de 10 años con esta política la empresa reconoce haber mejorado sus resultados. Una política similar se sigue en *Vodafone*, donde con un 50% de mujeres contratadas no existe control presencial mientras que el servicio no se vea afectado. Todos los trabajadores cuentan con móvil y la mayoría portátil y línea ADSL. A estas empresas deben añadirse con igual flexibilidad de entrada y salida *Agilent Technologies*, *Sanofi Aventis* y *Pepsico*.

En este orden de cosas debe citarse a la empresa *American Nike* para Iberia (España y Portugal), dedicada a la distribución al por mayor y con una plantilla en la que el 43% son mujeres. En ella debe destacarse que el primer y tercer viernes de mes no hay reuniones por la mañana y se encuentran prohibidas las reuniones después de las 5 de la tarde (igual política que se siguen en la empresa *Mazda* y *Progeotec*). Debe añadirse que los viernes se sale a las 15h (la misma práctica se utiliza en *Asepeyo*).

B) *Especial alusión al trabajo por turnos y en horas poco usuales (fines de semana).*

Como viene comentándose a lo largo del trabajo, se torna de vital importancia distinguir entre las medidas que son buenas en orden a lograr una mejor conciliación para los trabajadores y otras que sólo producen flexibilidad a la empresa. En efecto, en ocasiones los acuerdos se erigen en beneficiosos para una sola de las partes, y así ocurre, generalmente, en el supuesto del trabajo por turnos, en horario nocturno o en fines de semana.

Comenzando por el trabajo por turnos, brevemente, por lo que a su régimen jurídico respecta, debe advertirse que el art. 36.3 ET no establece un concreto procedimiento para la determinación del trabajo a turnos,

trabajo. Montañés Bernal, A. (Dir.), Cesa, Zaragoza, 2011, 62-63.

quedando, por tanto, una vez más, también esta materia, en manos de la decisión empresarial con unos concretos límites, entre los que destacan que ningún trabajador estará en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria y que se tenga en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona del trabajador.

Y es que los efectos de esta forma de prestación del trabajo suelen ser perversos para los trabajadores. No sólo se manifiesta tal perversidad en la salud del trabajador, en cuyo caso estaríamos ante una ausencia del trabajo por enfermedad justificada⁵⁸, sino también en la dificultad que entraña el poder compatibilizar las diferentes actividades asociadas a la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo. En efecto, por lo que al derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo para poder conciliar, ya se ha advertido que, conforme al art. 34.8 ET, se encuentra condicionado a lo recogido en la negociación colectiva o en acuerdo individual condicionado a la negociación colectiva. Pues bien, en la práctica está acarreado no pocos problemas la solicitud por parte del trabajador de elección de turno de trabajo como medio de conciliación de la vida familiar y laboral utilizando como argumento la regulación normativa del citado art. 34.8 ET. A estos efectos baste con apuntar que la doctrina del Tribunal Supremo ha venido denegando el derecho a la elección de turno si no va acompañado del derecho a la reducción de jornada⁵⁹. No obstante, el Tribunal Constitucional, haciendo uso de un excesivo intervencionismo, “cercano al activismo judicial”, como se dice en su Voto Particular, en la sentencia 26/2011, de 14 de marzo considera, en contra de la jurisprudencia aludida, literalmente, que *“El hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14*

⁵⁸ Numerosos estudios científicos ponen en evidencia la vinculación de la esclerosis múltiple con los trabajos a turnos y el mayor riesgo de enfermedades cardiovasculares y de diabetes que sufren, en este segundo supuesto, especialmente, las mujeres.

⁵⁹ En la doctrina científica, vid. Sánchez Trigueros, C., “Elección de turno por trabajadores con jornada reducida especial”, AS, n. 4, 2005. En cuanto a la doctrina jurisprudencial, vid. por todas STS Sentencia de 19 octubre 2009 RJ 2009\7606. Por el contrario, si concurrieran ambos elementos, es decir, reducción de jornada y trabajo a turnos, tal como afirma la STSJ de Madrid, de fecha 8 de octubre de 2010, sí debería el empresario aceptar la solicitud de elección de turno: *“Por lo que se refiere al primero, no cabe la menor duda de que la atención que la recurrente puede dispensar a su hija menor de 8 años se va a ver notablemente mejorada con el cambio de turno de trabajo nocturno al turno de mañana. Por lo que se refiere al segundo, la sentencia de instancia no deja constancia de que la empresa haya acreditado la dificultad organizativa que le supone acceder al cambio de la trabajadora”.*

CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado...". En definitiva, entiende el Alto Tribunal que "la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición afecte a la conciliación profesional y familiar".

Por tanto, haciendo una interpretación en clave constitucional del art. 34.8 ET, el Tribunal Constitucional justificaría el derecho a la elección de turno del trabajador, si con ello "no se pone el funcionamiento de la empresa en dificultades organizativas suficientemente importantes". Circunstancia que deberá quedar acreditada por la empresa para que la denegación del derecho objeto de análisis estuviera justificada.

Después de este pronunciamiento, no cabe más que esperar un cambio en la doctrina señalada del Tribunal Supremo

Una vez expuestos los problemas que en la práctica se plantean con más asiduidad ante los Tribunales, se realizará un breve recorrido por las diferentes respuestas que la negociación colectiva en la empresa ofrece:

- Algunos convenios reconocen que es sólo facultad empresarial la posibilidad de distribuir al personal en los distintos turnos (convenio colectivo de Eurocopter España, SA⁶⁰). En otros, sin embargo, sólo se permite la implantación del sistema de trabajo a turnos previa negociación con el comité de la empresa (convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU⁶¹).
- Otros convenios, permiten la posibilidad de intercambiar turnos: convenio de Servimax Servicios Generales, SA⁶²
- En cuanto a los convenios que tienen presente la conciliación de la vida familiar y laboral en el trabajo a turnos: el convenio de Teka Sanitary Systems, SA⁶³ recoge en su art. 37 la posibilidad de que la empresa adapte a los trabajadores (cónyuges) en diferentes turnos de trabajo, dentro de las posibilidades de trabajo. Igualmente, en segundo lugar, el convenio colectivo de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, SA⁶⁴ permite que los trabajadores con un sistema de trabajo a turnos que reduzcan su

⁶⁰ BOE 15.03.2011.

⁶¹ BOE 31.03.2011.

⁶² BOE 22.03.2011.

⁶³ BOE 30.03.2011.

⁶⁴ BOE 26.04.2011.

jornada por motivos familiares puedan concretar su horario dentro del turno elegido.

Para finalizar, se hace preciso señalar que a lo largo de los últimos años se ha observado una tendencia a la disminución del trabajo por turnos. Concretamente sufrió una bajada en algo más de 3 puntos durante el periodo 2002-2008⁶⁵ en los sectores de industria, servicios y construcción. Precisamente, en la industria el trabajo por turnos juega un papel fundamental, si bien su descenso es evidente y coherente con la situación de crisis que este sector atraviesa desde hace algunos años. Igualmente, en el sector servicios, la necesidad de presencia continuada a lo largo del día o por la noche, sin lugar a dudas, condiciona la organización de la jornada laboral.

Siguiendo el esquema propuesto desde un principio, se aporta en este apartado como una práctica a seguir la llevada a cabo, en la empresa Industrias Ramón Soler, que inició su actividad en Manresa en el año 1890, con la intención de reducir el índice de absentismo en torno al 10%. Concretamente consensuaron temporalmente con algunos trabajadores la posibilidad de realizar su turno de manera fija sin que se desequilibrara el resto de turnos ni el normal desarrollo de la producción. El trabajador que se encontraba en esta circunstancia de acuerdo temporal, y sin que supusiera derecho adquirido, obtenía una mayor renta disponible sin incremento de coste por parte de la empresa, al poder reducir ciertos gastos como guarderías, canguros, acompañantes u otros, adaptándose su turno a las necesidades familiares. El resultado fue el buscado, ya que se consiguió un incremento de la motivación de los trabajadores y una reducción significativa en el porcentaje de absentismo: más de cinco puntos.

En relación al trabajo durante los fines de semana y prolongación habitual de la jornada de trabajo, debe partirse de que esta distribución de la jornada supone un perjuicio claro para el trabajador que la sufre.

El art. 37.1 ET recoge el derecho al descanso mínimo semanal, el cual “*es acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo.*”⁶⁶

De la lectura del precepto fácilmente se deduce que la regla general es que el descanso semanal coincida con el fin de semana. Por este motivo, las empresas que debido a su actividad requieran de personal durante el fin de

⁶⁵ Vid. figura ilustrativa en *Productividad y Empleo...* Montañés Bernal, A. (Dir.), Cesa, *op. cit.*, 95.

⁶⁶ Los menores disfrutarán de un descanso semanal, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

semana deberán compensar adecuadamente a quienes acepten sacrificar sus momentos de ocio y de conciliación. En efecto, los fines de semana son los días en los que se puede atender con más tranquilidad las responsabilidades familiares porque son días sin colegio, y, precisamente, adecuar los horarios de trabajo a los días sin colegio es una necesidad primordial para combatir el absentismo.

Por tanto, en el supuesto de que la empresa requiera empleados durante el fin de semana la contraprestación que deberían recibir éstos debería ser mayor. Así muchos convenios contemplan esta modalidad estableciendo los denominados “complementos de horario flexible”, cuya finalidad es, en muchas ocasiones, retribuir el trabajo prestado en domingos y festivos⁶⁷.

Sirva, a estos efectos, como ejemplo, el convenio colectivo de Delegaciones Comerciales del Ente Público Empresarial Loterías y Apuestas del Estado⁶⁸, que diferencia el plus retributivo según sea sábado hasta las 22 h (aumento de las horas trabajadas en un 30% sobre el valor de la hora normal o compensadas con tiempo libre) o festivo (compensación de un 75%, mitad retribuida y mitad en descanso) el día en el que el trabajador deba prestar servicios. Esta misma cláusula se recoge en el convenio colectivo de Grupo de Empresas Cetelem⁶⁹, si bien los porcentajes aumentan un 35% o un 50%. Otra forma de compensación es gradual según las horas: primera y segunda hora 75% y a partir de la tercera 100% (convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU⁷⁰

A este respecto debe añadirse que, permitiendo que determinados servicios estén abiertos durante domingos y festivos premiando al trabajador que decida trabajarlos, también se está favoreciendo la conciliación de manera general, pues en muchas ocasiones la compatibilidad entre horario de trabajo y horario de apertura y cierre de determinados servicios deviene imposible. Por tanto, con la implementación correcta de esta medida, se estaría permitiendo que el trabajador, en las ocasiones que lo estimara conveniente sacrificara conciliación a cambio de obtener una mayor retribución, que muchos trabajadores pudieran asistir, por ejemplo, a centros sanitarios o comerciales y, por tanto, se estaría ocasionando un descenso en el absentismo (por una parte tenemos un trabajador motivado porque recibe una mayor remuneración, y, por otro lado, un trabajador que gracias a la

⁶⁷ Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, *op.cit.*, 411-412.

⁶⁸ BOE 14.03.2011.

⁶⁹ BOE 28.02.2011.

⁷⁰ BOE 31.03.2011.

ampliación de horarios disfruta de una mejor conciliación), y con ello un aumento de la productividad.

Ahora bien, estas prácticas pueden ser perversas si no son bien empleadas porque con cierta facilidad pueden ser utilizadas exclusivamente a favor del interés empresarial, hecho que suele ocurrir, desgraciadamente, con demasiada frecuencia. Sirva como ejemplo el Convenio colectivo de Grandes Almacenes, cuyo art. 27 permite que se modifiquen los días u horarios de apertura comerciales con posterioridad a la realización de la distribución periódica correspondiente con el exclusivo requisito de comunicación al trabajador con la “mayor antelación posible”⁷¹.

En efecto, traspasar la frontera de la ponderación se torna sencillo, especialmente a partir de la reforma llevada a cabo a través del RDL 3/2012, momento a partir del cual, sin entrar en su estudio por cuestión de espacio, el empresario puede modificar sustancialmente, sin necesidad de autorización administrativa, siempre que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción tanto la jornada de trabajo como el horario, la distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos (art. 41 ET). En la misma línea, el empresario de manera unilateral puede acudir a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, igualmente, sin autorización administrativa. En todo caso, será el poder judicial quien tenga que pronunciarse, como lo está haciendo, a este respecto.

C) Los acuerdos de modificación en el marco del art. 41 ET. Una pequeña muestra de una práctica en expansión.

1) El Acuerdo logrado entre la Dirección de NISSAN MOTOR IBÉRICA, S.A y los Comités de Empresa de los centros de trabajo de Zona Franca y Montcada.

Tras reconocerse expresamente la concurrencia de circunstancias objetivas concretadas en la necesidad de adaptar las condiciones laborales de la planta de Barcelona se modifican una serie de artículos de XX Convenio Colectivo y que quedan recogidos en el XXI Convenio de la empresa (desde 1 de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2014).

Concretamente, debe resaltarse por lo que al tema de estudio interesa, la nueva redacción de los siguientes artículos:

- El art. 20, sobre Jornada de trabajo, recoge:
- Las horas anuales pueden pasar de 1746 horas hasta un máximo

⁷¹ “En los casos en que se autoricen o modifiquen los días u horarios de apertura comerciales con posterioridad a la formulación de la distribución periódica correspondiente, los cambios de planificación relacionados con las mismas se comunicarán al trabajador con la mayor antelación posible” (art. 27.4)

- de 1826 horas anuales cuando se apliquen medidas de flexibilidad.
- Los días considerados como de trabajo en el calendario laboral serán 225.
 - Para el colectivo de trabajadores a turnos con derecho al tiempo de bocado, por cada 50 días de asistencia al trabajo, se concederá un día adicional de reducción de jornada, con un máximo de 4 al año. Con respecto a los días que por este concepto se generen a partir de 2011, el disfrute del día se sustituye por el abono de 155 euros en la nómina que se hace efectiva en el mes de enero del año siguiente al de su devengo.
 - Tres minutos de la jornada ordinaria que hasta la fecha han venido siendo dedicados a la preparación de herramientas útiles pasan a ser tiempo de trabajo efectivo.
 - Cuando el volumen diario de producción sea igual o superior al ritmo del 80% de la capacidad productiva de la planta de pintura, la Dirección podrá sustituir dentro de la jornada ordinaria 5 minutos de tiempo de la higiene de los trabajadores de la planta de pintura por tiempo de trabajo efectivo. En tal caso, el tiempo de trabajo efectivo se incrementará en 5 minutos que se retribuirán a razón de 1,7 euros por cada día efectivamente trabajado. Cuando el volumen diario de producción sea igual o superior al ritmo de 143.000 unidades, la Dirección podrá sustituir dentro de la jornada ordinaria 10 minutos de higiene de los trabajadores de la planta de pintura por tiempo de trabajo efectivo. En este caso, el tiempo de trabajo efectivo de dichos colectivos se incrementará en 10 minutos que se retribuirán a razón de 3,4 euros por cada día efectivamente trabajado en que dicha medida sea aplicada.
 - La empresa podrá ordenar el trabajo en días laborales de no trabajo en la Empresa (sábados) al personal necesario, a su juicio, para la realización de los trabajos de Inventario-Balance anual... Cuando la empresa haga uso de esta facultad, las horas trabajadas en los mencionados días tendrán la consideración de extraordinarias a los efectos retributivos.
 - El disfrute de los días de reducción de jornada (floatings) quedará como en la actualidad racionalizándose la limitación por módulos de los días a los que se refiere el presente Anexo, para compatibilizar la conciliación de los trabajadores y la producción diaria.
 - Se acuerda el establecimiento de hasta un máximo de 15 sábados anuales por trabajador, así como la posibilidad de convocarlos por

Producto, Planta o Línea, en turno de mañana. En cualquier caso, los 12 primeros sábados tendrán el carácter de obligatorios, siendo voluntarios los 3 restantes.

- *Bolsa de horas:* A realizar en días laborables por necesidades de la producción, con un límite anual de 40 horas por trabajador...a la finalización del turno de tarde (de 22 h a 23h). Esta hora flexible incluye un descanso adicional de cinco minutos, al inicio de la misma.
- De las horas anteriores, las 32 primeras tendrán carácter obligatorio, siendo el preaviso de 48 horas, si bien, en caso de riesgo de impactar en el proceso productivo posterior podrá realizarse con 24 horas de antelación.
- Bolsa de horas se compensarán económicamente con los importes ... y no generarán tiempo de descanso.

2) *Acuerdo colectivo entre el comité intercentros de Carrefour Hipermercados y la dirección de la empresa para la modificación de los turnos y horarios de los trabajadores.* El presente acuerdo fue recurrido por la Federación de Comercio, Hostelería y Comercio de Comisiones Obreras (FECOHT-CCOO); Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo Juego de UGT. La Audiencia Nacional, en su sentencia de 21 de abril de 2010 (S.nº00378/2010) desestima el procedimiento de impugnación absolviendo a los demandados de las peticiones de la demanda. Igualmente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de enero de 2011 (R. 96/2010) desestimó el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional.

En este caso, brevemente, debido a la extensión del acuerdo se señalará sólo las materias que fueron modificadas resaltando exclusivamente los puntos más relevantes.

- Turnos horarios
- Descansos
- Descansos compensatorios de domingos/festivos trabajados:
 - En caso de que un trabajador preste servicios en 12 domingos/festivos de apertura al público en un año, el descanso correspondiente a uno de dichos días e disfrutará en sábado unido a un domingo en que no preste servicios.
 - Si prestara servicios en 18 domingos/festivos de apertura, dos de los descansos correspondientes a dichos días los disfrutará en sábado unido a un domingo en que no preste servicios.
 - Si fueran 24 los domingos/festivos de apertura en que

prestan servicios, serán tres los descansos correspondientes a dichos días que disfrutará en sábado unido a un domingo en que no preste servicio.

- Horarios: la jornada media diaria de referencia, teniendo en cuenta la jornada anual de 1770 horas del Convenio, se establece en seis horas y media.

3) *En cuanto al acuerdo de modificación de turno y horarios laborales existentes en los centros comerciales de la empresa El Corte Inglés, S.A.* también se traerá a colación la materia objeto de modificación sin entrar en mayor detalle debido a su extensión. Dicho acuerdo fue recurrido ante la Audiencia Nacional, que en su sentencia n. 0155/2009 desestimó la demanda de impugnación de convenio interpuesta por CCOO y UGT y absolvió a El Corte Inglés, SA, comité intercentros, FASGA y FETICO de los pedimentos de la demanda.

- Modificaciones horarias dando lugar a un nuevo sistema horario atendiendo a los principios de eliminación de los tiempos improductivos, ajustes de la jornada diaria, a la jornada anual con objeto de no producir excesos en la realización de ésta y adecuación de los turnos a los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de descanso
- Concretamente, los nuevos modelos y turnos horarios se ajustaron a las características específicas de los distintos centros y áreas.

4) *Características similares reúne el acuerdo de modificación de turnos y horarios laborales existentes en los centros comerciales de la empresa Hipercor, SA adoptado el 4 de septiembre de 2009.* Igualmente, en este caso, la Audiencia Nacional en su sentencia n. 0154/2009, de 23 de noviembre de 2009 desestimó la demanda de impugnación de convenio interpuesta por CCOO y UGT absolviendo a Hipercor SA, Comité Intercentros, FASGA y FETICO.

4. Conclusiones

Los debates acerca de la duración de la jornada han tenido lugar desde el inicio de la revolución industrial, si bien, como se ha advertido a lo largo del trabajo, el aspecto cualitativo ha vencido frente al cuantitativo en los objetos de discusión. En efecto, la distribución y la flexibilización del tiempo de trabajo han ganado terreno de forma notable a la reducción de la jornada en el terreno legal y convencional.

En la actualidad, por los numerosos factores a los que se ha aludido en el presente trabajo, como son, principalmente, la incorporación de la mujer al mundo laboral y el logro de una mayor productividad y competitividad

empresarial en el mercado de trabajo, la gestión del tiempo de trabajo se ha convertido en una piedra angular.

En efecto, una buena gestión de la ordenación del tiempo de trabajo se proyecta en una mayor productividad, pero siempre que en la misma exista una clara ponderación de intereses. La flexibilidad interna es, sin lugar a dudas, fundamental para que las empresas puedan adaptarse mejor a las nuevas necesidades del mercado, pero no puede olvidarse que debe tenerse presente la necesidad de ajustar el concepto de flexibilidad, igualmente, las necesidades de tiempo de los trabajadores. Por tanto, las medidas que se recojan en orden a lograr una mayor flexibilidad en el tiempo de trabajo deben atender no sólo las necesidades organizativas de las empresas, sino también las de los empleados. Sólo de esta forma se logrará tener en plantilla trabajadores implicados con su trabajo, porque puedan ajustar los ritmos de trabajo a sus preferencias conforme las responsabilidades familiares que cada uno tenga. Y, consecuentemente, sólo de esta manera se podrá descender el número de absentistas que no acuden al trabajo y sí a las bajas por incapacidad temporal encubierta por atenciones familiares o enfermedades ocasionadas por el estrés laboral.

No debemos olvidar que si las empresas ofrecen unas condiciones de trabajo, y en concreto unas medidas concretas en la ordenación del tiempo de trabajo que permitan conciliar la vida personal, familiar y laboral, se conseguirá contratar y, también retener a los profesionales más cualificados consiguiendo un absentismo mucho más bajo.

El reto se encuentra, por tanto, en lograr a través de la gestión del trabajo, al mismo tiempo, la seguridad de los trabajadores y la flexibilidad interna precisa en la empresa. Para conseguirlo debe valorarse minuciosamente la ordenación del tiempo de trabajo, las restricciones que deben tenerse presentes y los elementos de flexibilidad que se deciden introducir. Sólo cuando se facilita la conciliación de la vida familiar y laboral, aunque sea de forma indirecta mejorando la gestión del trabajo, los trabajadores se encuentran motivados, el clima laboral mejora y se reduce el estrés y el absentismo laboral. Como dijo M^aJesús Alava⁷², *“conciliar no es trabajar más. Conciliación es trabajar mejor, que es muy diferente”*.

⁷² Alava, J.J., Conferencia inaugural, *V Congreso Nacional para racionalizar los horarios españoles. “Es hora de conciliar”*, Valladolid, Asociación para la Racionalización de los Horarios Españoles (ARHOE), Valladolid, 2001, 77.

5. Bibliografía

- Alava, J.J., Conferencia inaugural, *V Congreso Nacional para racionalizar los horarios españoles. "Es hora de conciliar"*, Valladolid, Asociación para la Racionalización de los Horarios Españoles (ARHOE), Valladolid, 2001.
- Durán López, F., "Ordenación del tiempo de trabajo", en AAVV, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, 1987.
- Escudero Rodríguez, R., "Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva", *RL*, 1999, 4.
- Goerlich Peset, J. M., "El tiempo de trabajo en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2011.
- Mercader Uguina, J.R. "La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 8.
- Montañés Bernal, A. (Director), *Productividad y Empleo II Tipos de jornada y productividad del trabajo*, Zaragoza, Cesa, 2011.
- Roqueta Buj, R., "La jornada de trabajo y su determinación", *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios, Guerlich Peset, J.M. (Coord.), *Serie Relaciones Laborales*, 86, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- Sánchez Trigueros, C., "Elección de turno por trabajadores con jornada reducida especial", *AS*, 2005, 4.

Teletrabajo: una nueva modalidad organizacional

Viviana Laura DÍAZ*

RESUMEN: El artículo profundiza en la consideración del teletrabajo como un modelo de organización, con todas las implicancias que acarrea. Desde los cuatro sentidos que viabilizan su aplicación, podemos entender porque es necesario una norma que lo regule. Finalmente la creación del Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo en Empresas Privadas (PROPET) como resolución administrativa facilita la transparencia y su difusión como buena práctica.

El teletrabajo va evolucionando hacia un nuevo concepto del lugar de trabajo que es flexible y global, su práctica permite trabajar en cualquier momento y desde cualquier lugar. Se orienta hacia la flexibilización de las formas y métodos de organización, a la aplicación del diseño organizacional como herramienta para atender la complejidad creciente de las relaciones laborales, los nuevos puestos de trabajo mediados por las tic y la nueva gestión de los recursos humanos.

Palabras clave: Teletrabajo, organización empresarial, transparencia, flexibilización.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Es el teletrabajo un modelo contractual o una forma de organizar el trabajo? ¿Cómo aplica la resolución nro. 595/13 que crea el PROPET en las diferentes modalidades contractuales consagradas por la LCT? 3. Teletrabajo: una descripción necesaria. 4. Haciendo historia. 5. ¿Cómo aplican las empresas y organizaciones el teletrabajo? Experiencia PROPET. 6. El programa de promoción del empleo en teletrabajo en empresas privadas (PROPET) ¿introduce una nueva forma contractual? 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

* Coordinadora de Teletrabajo, Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social. Presidenta Grupo Teletrabajo ELac 2015.

1. Introducción

La influencia que ejercen los desarrollos tecnológicos en el ámbito del trabajo y por ende en el de las relaciones laborales se ha acentuado en los últimos diez años. En este contexto de revolución científico-tecnológica, la informática y la telemática crean nuevas formas de utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, (TIC) que facilitan la remotización del trabajo.

Este sistema de organización dispersa, facilitado por el teletrabajo, utiliza *Internet* como tecnología social que incluye actores sociales. A finales del año 2002, el número de usuarios de *Internet* en todo el mundo ascendía a 591 millones según el “Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo 2003”, presentado en Ginebra por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, www.unctad.org) que en junio del año 2012 alcanzó los 2400 millones, es decir que entre el año 2000 y el año 2012, el crecimiento mundial de usuarios fue de 4 veces más.

A la luz de este desarrollo, es importante abordar la temática a través de una construcción por consenso, con los actores sociales y con los conocedores de las nuevas tecnologías. Fueron varios años de discusión sobre si el teletrabajo podía ser reversible, si los teletrabajadores debían solventar por sí mismos los gastos que normalmente están a cargo de la empresa, si debían autoproverse de las herramientas tecnológicas, si podía ser 100% teletrabajo o si necesariamente debía haber una jornada por lo menos de trabajo presencial. En este marco es que se discutió, redactó y presentó el Proyecto de Ley de Teletrabajo destinado a regular la actividad en relación de dependencia. Este proyecto equipara los derechos y obligaciones de los teletrabajadores con los trabajadores presenciales del mismo puesto, estableciendo un piso mínimo e inderogable debajo del cual el teletrabajo no sería considerado decente, su ampliación por supuesto, queda sujeta a la decisión de los actores sociales a través de la negociación colectiva. Es en este sentido que el PROPET recoge esta experiencia y la describe en el formato de resolución normativa, para que asalariados y empleadores puedan reorganizarse evitando el abuso que podría implicar el trabajo a distancia.

A lo largo de estos años, los diferentes mitos y realidades que rodearon al teletrabajo desde su inicio, facilitaron la reflexión sobre las ventajas y peligros de este nuevo paradigma entendiendo que más allá de la normativa era necesario coordinar acciones para utilizar las TIC, como un medio para conciliar la vida familiar con la laboral. A través del PROPET, se logró implementar plataformas de teletrabajo en el sector privado de la Argentina comenzado con empresas de 40 teletrabajadores y llegando, en

la actualidad a empresas que cuentan con más de 1000 teletrabajadores convencionales. Dentro de estos parámetros, la formación profesional y la certificación de competencias no fueron ajenas, se facilitó la capacitación en alfabetización digital y teletrabajo de ocupados y desocupados que pudieron asimismo acreditar saberes adquiridos desde la experiencia, logrando el reconocimiento de sus tareas de teletrabajadores dentro de estándares de calidad.

El Estado cumple un papel central en el establecimiento de políticas públicas destinadas a lograr una sociedad más inclusiva y equitativa, que tomen en cuenta la protección y promoción de los derechos humanos, la equidad de género, la diversidad y los aspectos intergeneracionales; por ello es necesario impulsar estrategias encaminadas a facilitar el acceso universal a las Tecnologías de la Información y de la Comunicación a través de programas de alfabetización digital, resaltando el papel de éstas en la educación, el sistema productivo y el acceso al empleo utilizando el teletrabajo como herramienta adecuada para el logro de la inserción socio-laboral de la población.

La consigna en este artículo es articular la buena práctica con la normativa mejorando la empleabilidad en la Argentina y posicionándola con mejor calificación en la región.

2. ¿Es el teletrabajo un modelo contractual o una forma de organizar el trabajo? ¿Cómo aplica la resolución n. 595/13 que crea el PROPET en las diferentes modalidades contractuales consagradas por la L.C.T.?

Comencemos por definir primero que se entiende por “modalidad contractual”, para ver si existen diferencias respecto a la denominada “modalidad organizacional”. Puntualicemos que el contrato de trabajo es el acuerdo mediante el cual una persona física – llamada trabajador – se obliga a poner su fuerza de trabajo a disposición y bajo las órdenes de otra persona – llamada empleador – que puede ser persona física/jurídica o ambas. Como consecuencia de la prestación a la que se compromete el trabajador, el empleador se obliga a pagar una contraprestación que se denomina remuneración. La Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) n. 20744 regula en el Título III las distintas modalidades contractuales, a saber:

- Contrato de trabajo típico. Regulado en los artículos 90, 91 y 92 bis de la L.C.T., es el contrato de trabajo por tiempo indeterminado o permanente de ejecución o prestación continua, donde el empleador debe mantener el vínculo laboral hasta que el

- trabajador se encuentre en condiciones de obtener el beneficio de la jubilación ordinaria dispuesto en el artículo 91 de la L.C.T.
- Contrato de trabajo a plazo fijo. Regulado en los artículos 93 a 95 de la L.C.T., es un contrato de tiempo determinado y de prestación continua. A diferencia del resto de las modalidades contractuales previstas en la L.C.T. se debe instrumentar por escrito expresando su plazo de duración que no podrá exceder de cinco años. Solo se podrá utilizar esta modalidad cuando la naturaleza de la actividad lo justifique.
 - Contrato de trabajo de temporada. Regulado en los artículos 96 a 98 de la L.C.T., es un contrato de tiempo indeterminado de ejecución o prestación discontinua. La prestación de servicios solo se produce durante determinadas épocas del año por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes.
 - Contrato de trabajo eventual. Regulado en el artículo 99 de la L.C.T. es un contrato de tiempo determinado de ejecución continua. Es de plazo incierto y está dirigido, básicamente, a cubrir un lugar de trabajo en circunstancias excepcionales. Solo a los efectos probatorios, la doctrina sugiere instrumentarlo por escrito.
 - Contrato de trabajo a tiempo parcial. Regulado en el artículo 92 ter de la L.C.T., es aquel vínculo jurídico mediante el cual el trabajador se obliga a poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador durante una cantidad determinada de horas al día o a la semana o al mes, inferior a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad.
 - Contrato de trabajo de grupo o por equipo. Regulado en el artículo 101 de la L.C.T, es aquel vínculo jurídico mediante el cual un conjunto de trabajadores, actuando por medio de su representante o delegado, pacta las condiciones laborales con un empleador. La modalidad de la prestación se encuentra limitada a las tareas que desempeña cada trabajador en el grupo, teniendo en consideración la conformación del mismo.

Ahora bien, ¿cuál es la diferencia entre las modalidades expuestas y las denominadas “modalidades de organización”?

Desde el punto de vista empresario, “organizar” es la función administrativa que se encarga de agrupar las actividades necesarias para alcanzar los objetivos de una empresa. Implica la reunión de personas y recursos empresariales bajo la autoridad de un jefe. Absolutamente impregnada de los cambios tecnológicos, la organización debe integrar aspectos de las nuevas formas de trabajo como por ejemplo la capacidad de estimular la participación de sus integrantes y la conciliación entre la

vida laboral y privada de los mismos. Estos aspectos pueden facilitarse a través del teletrabajo, que es una modalidad de organización, que aplica a las diferentes modalidades contractuales expuestas, más allá del acuerdo individual que instrumenta la aplicación del Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo en Empresas Privadas (PROPET), como más adelante se describirá.

En este sentido el teletrabajo tiene como aspecto clave su carácter organizativo y social más allá de su carácter técnico.

3. Teletrabajo: una descripción necesaria

Para describir el teletrabajo, se han utilizado términos como *telecommuting* (tele desplazamiento), *telework* (trabajo a distancia), *networking* (trabajo en red), *flexible working* (trabajo flexible), todos ellos referidos a la actividad en sí, pero no a la particularidad de su prestación. Por ello, sin dejar de reconocer la existencia del teletrabajo autónomo, desde la Coordinación de Teletrabajo y concretamente desde el PROPET, se ha definido el teletrabajo como “la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la Ley n. 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones (TIC). Por ello, se entiende por teletrabajador en relación de dependencia a toda persona que efectúa teletrabajo según la definición anterior”.

Cabe destacar que, el teletrabajo se entiende entonces al menos en cuatro sentidos:

- 1) como un modo de organización, en lo que se denomina desarrollo exógeno de la organización que tiene como finalidad disminuir los costos sin implicar un perjuicio para los recursos humanos.
- 2) como una forma de conciliar la vida privada del trabajador con la laboral conformándose como un aporte para promover un nuevo equilibrio entre las responsabilidades laborales y familiares de hombres y mujeres trabajadores.
- 3) dentro de la denominada responsabilidad social empresaria (RSE), configurando una política pública así admitida en varios países de América.
- 4) como política sustentable que implica capacitar para la inclusión, efectivamente es el teletrabajo un motor de inclusión de grupos

vulnerados y en este sentido es la Argentina quien enarbola esta bandera desde los cursos que lleva adelante la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

En el primer sentido, es decir como modo de organización, los autores, Weijers Thea, Rob Meijer y Erno Spoelman en su obra publicada en el año 1992 “La introducción a gran escala de teletrabajo en los Países Bajos” consideraron que el teletrabajo puede estudiarse tanto como una respuesta a los problemas de la empresa u organización, como respecto al personal o a la sociedad. Por ello, de acuerdo con los análisis teóricos y empíricos realizados en sus investigaciones, el teletrabajo forma parte de una estrategia de reestructuración social, pues se rediseña la organización para cambiar los procesos y mejorarlos, empleando tecnología informática y de telecomunicaciones como herramientas competitivas o financieras para reducir costos, o enfrentar situaciones de crisis o de cambio.

En el segundo sentido, considerado como modo de conciliación entre la vida familiar y la vida laboral del trabajador, buscando el equilibrio entre ambos aspectos. Al efecto, podemos mencionar ejemplos muy cercanos en el tiempo, justamente en el mes de junio de este año, 2013, la Canciller Angela Merkel insta a las empresa alemanas a mejorar el nivel de productividad de Alemania, promoviendo políticas que impulsan la conciliación de la vida laboral y familiar mediante el teletrabajo. En el mismo mes, el gobierno de Chile anunciaba que son más de 500 mil las personas que actualmente teletrabajan.

Ciertamente, en un contexto como el actual, en que se cuestiona el modelo de “hombre proveedor y mujer cuidadora” por su incidencia negativa en la materialización de la igualdad de oportunidades entre trabajadoras y trabajadores, el teletrabajo es una alternativa que facilita la no postergación de la realización profesional para las mujeres que optan por la maternidad, como asimismo, genera oportunidades nuevas para que los hombres satisfagan su creciente interés por asumir más activamente la paternidad, desligándose de su tradicional papel de meros proveedores del sustento.

Es evidente que el Derecho del Trabajo se construyó a partir de la necesidad de tutela de un conglomerado de trabajadores (hombres, mujeres y niños) afectados por la cuestión social de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, por lo que su normativa es reflejo de esa realidad histórica y social. En la actualidad, las transformaciones económicas y sociales del trabajo han puesto en evidencia que los sistemas jurídicos clásicos no han estado preparados para responder a las interrogantes que hoy representan los problemas derivados de la incidencia de la discriminación por causa de sexo y la demanda por conciliar

responsabilidades laborales y familiares, en especial en los casos de familias mono-parentales, todo lo cual conduce a la necesidad de sancionar la ley de teletrabajo en relación de dependencia.

De esta forma, el cuestionamiento de los roles de género tradicionales y la imperiosa necesidad de un número creciente de personas por armonizar su vida personal y familiar con el trabajo, ha significado que esta problemática haya salido de la esfera estrictamente privada para convertirse en un problema público relacionado con el bienestar de la familia y con la necesidad de protegerlo a través de una política nacional.

En este segundo sentido entonces, podemos afirmar que el teletrabajo, representa una opción viable y efectiva en concordancia con un sistema más renovado e igualitario de protección que permite a mujeres y hombres con responsabilidades laborales familiares, en ciertas etapas de sus trayectorias laborales, poder asumirlas sin desconectarse de sus empleos.

La compatibilización de la vida familiar y laboral no es una materia que involucre sólo a las mujeres trabajadoras para que los hombres asuman un rol más activo frente a las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos o de otros familiares directos, sino que, más bien, es un tema que incluye a toda la sociedad y, en importante medida, se relaciona con el proyecto o modelo de sociedad que se pretende construir en el país.

En el tercer sentido, podemos decir, que cada vez más organizaciones reconocen que adoptar un comportamiento socialmente responsable es tan necesario como beneficioso, pues además de contribuir al desarrollo sostenible, puede producir mejoras en aspectos claves que tienen que ver con la competitividad, reputación, capacidad de atraer y retener trabajadores, clientes y usuarios. El concepto de responsabilidad social empresaria se originó en los años cincuenta, ligado al rápido incremento de tamaño y poder de las empresas americanas. El tema continuó figurando en el debate público durante los años sesenta y setenta, mientras Estados Unidos afrontaba problemas sociales urgentes, como la pobreza, el paro, las relaciones entre razas, la degradación urbana y la contaminación. La responsabilidad social empresaria se convirtió en clamor compartido por diversos grupos que exigían cambios en los negocios americanos⁷³.

En el año 1999, y en el marco del Foro Económico Mundial, Koffi Annan – Secretario General de las Naciones Unidas –, hizo un llamado al sector privado para que trabaje en conjunto con la ONU, las uniones de trabajadores y la sociedad civil, aportando a la construcción de una

⁷³ Boatright, 1993.

economía mundial más sustentable e inclusiva. Esta iniciativa tomó forma con el lanzamiento del Pacto Global, que tuvo lugar en el año 2000, y que se traduce en una apelación a la comunidad internacional – y en particular al sector privado – para que adhiera a valores y principios universales en el área de los derechos humanos, derechos laborales y medio ambiente.

La Responsabilidad Social Empresaria es “entonces además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria por parte de la empresa, en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales y ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus Grupos de Interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que derivan de sus acciones”⁷⁴.

Pero, avanzando, ¿cuál es la relación entre RSE y Teletrabajo? Considerando el concepto anterior y de acuerdo con lo citado por la Norma ISO 26000, que se constituye en una guía para las organizaciones que deseen implementar la RSE de forma juiciosa y transparente, dos de las materias principales del teletrabajo tienen que ver con prácticas laborales que favorecen la calidad de vida de los trabajadores y el cuidado del medio ambiente, ya que se hace prevención de la contaminación, al disminuir la necesidad de trasladarse de un lugar a otro en vehículos que provocan emisiones de gases. Es en este sentido que el teletrabajo aplica, responde puntualmente al concepto de trabajo decente de mejora continua, de más y mejor trabajo que acuña el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Argentina.

En cuarto sentido se considera al teletrabajo como un motor de inclusión socio laboral, que aplica especialmente para los mayores de 45 años, que es la franja de la sociedad que más ha padecido los cambios ocurridos en el mercado laboral, pues el desarrollo tecnológico fue creciendo y quienes no se acostumbraron ni adecuaron a los cambios laborales producidos por esta gran revolución, quedaron aislados del mercado del trabajo.

La clave es formarse y entrenarse para ingresar al mercado laboral con las herramientas que el mismo impone: la innovación tecnológica. La directriz está puesta en resaltar las capacidades personales, facilitando el acceso a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) como factor excluyente en la búsqueda del pleno empleo. En el mismo aspecto para la población joven, el desempleo mundial es un flagelo que crece día a día, ahogando las expectativas de progreso.

⁷⁴ Fuente: Foro de Expertos en Responsabilidad Social Empresarial del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España.

Los cursos de teletrabajo para mayores de 45 años que se encuentran desempleados, jóvenes entre 18 y 24 años que no cuentan con terminalidad educativa, personas con discapacidad, presidiarios en la última etapa de su condena y ex presidiarios, se iniciaron en el año 2009 para no más de 270 personas, se multiplicaron en el año 2010 a 940 personas capacitadas, ascendiendo a 1300 y 1400 en los años 2011 y 2012 y llegando a mediados del 2013 a 3100 personas formadas a lo largo del país.

La capacitación en alfabetización digital y teletrabajo tiene un contenido de alto nivel en la formación de conocimientos informáticos que facilitan la inserción/reinserción laboral de estas personas, ya sea bajo la modalidad de teletrabajo en relación de dependencia o en forma autónoma.

4. Haciendo historia

La forma de organización taylorista se define como “un método científico de organización del trabajo” con expresa especialización de los trabajadores en una determinada actividad del proceso productivo. Los ritmos de la producción se precisan por medio del control de los tiempos y movimientos de acuerdo con objetivos predeterminados. El fordismo, incorpora tecnología al proceso de trabajo en el cual la organización del mismo y la línea de montaje quedan estructurados a partir del ritmo y los requerimientos de la maquinaria utilizada en el taller o en la fábrica. Esto provoca el sometimiento de los operarios a la uniformidad del movimiento de las máquinas. Por estas razones, una de las contribuciones del fordismo es el concepto de “tiempo impuesto” que se refiere a la fragmentación de las tareas, la especialización de las funciones y la simplificación de los trabajos.

El agotamiento del taylorismo y del fordismo a mediados de la década de 1970 propicia la creación de otros modelos que cuentan con la capacidad de establecer una producción flexible y la utilización de alta tecnología. El modelo de producción flexible se caracteriza por dos aspectos primordiales: la especialización flexible y la flexibilidad dinámica. La primera depende en gran medida de las TIC ya que la utilización intensiva de la máquina controlada automáticamente permite la producción de bienes en pequeña escala, a la vez que hace posible la adaptación de la producción a los cambios repentinos de la demanda. La segunda, tiene que ver con la concepción de líneas de producción capaces de evolucionar rápidamente ante los cambios de la ingeniería de productos o procesos que requiere una demanda creciente de determinado producto, captando

los beneficios de la producción en masa. Por medio de la utilización de nuevas tecnologías, las empresas pueden transformar rápidamente sus líneas de montaje.

Es sumamente importante el aporte de Manuel Castells que en la década de los 90, escribió un titánico estudio, la *Era de la Información*, que se publicó como una trilogía entre 1996 y 1998. En el mismo se destaca la posibilidad de transferencia y socialización de conocimientos a través de la incorporación de nuevas tecnologías de información y comunicación, así como la identificación y resolución de las dificultades que se presentan a lo largo del proceso de producción. Consecuentemente desde hace aproximadamente dos décadas se ha observado el surgimiento de nuevas formas de organización “flexible” como la empresa en red, los modelos de redes multidireccionales de pequeñas y medianas empresas, las alianzas estratégicas y las empresas virtuales, caracterizadas por la flexibilidad organizacional, pero, por sobre todo, por la predominante utilización de las tecnologías de información y comunicación.

En resumen, el agotamiento de los modelos taylorista y fordista, ocasionó la creación de otros con nuevos diseños y prácticas que involucran a las organizaciones como unidades complejas con su dimensión social, con participación de los trabajadores en la toma de decisiones y con una misión orientada a la implementación de la calidad total. Esto se da en el ámbito de nuevas formas organizacionales emergentes, como la organización flexible, en red, matricial o virtual, que surgen como una necesidad de flexibilizar la gestión de la organización. En el mismo sentido el método Toyota también denominado *Just in Time* = Justo a Tiempo implica “*producir los elementos que se necesitan, en las cantidades que se necesitan, en el momento en que se necesitan*”. Es un sistema de organización de la producción para las fábricas, de origen japonés que permite aumentar la productividad, reduciendo el costo de gestión y pérdidas en almacenes debido a acciones innecesarias. De esta forma, solo se produce sobre pedidos reales. Estas nuevas formas de trabajo representan una nueva etapa en el modo de organizar el trabajo cuyo objetivo es alcanzar resultados cualitativamente superiores a los ofrecidos por los viejos modelos.

Actualmente, la sociedad se caracteriza por nuevas formas de producir que se apoyan fuertemente en las TIC, lo que propicia la adopción de nuevos modelos organizacionales que, como ya mencionamos, implican cambios en las estructuras organizativas, en los métodos y estilos de dirección, en los conocimientos de sus trabajadores, en los valores y motivaciones, con especialización flexible y/o flexibilización dinámica y que se supone, requieren de trabajo colectivo o trabajo en equipo. A su

vez, esto implica una alta coordinación e interrelación entre los grupos con mayor desarrollo de autonomía, en otras palabras, fue necesario superar las formas tradicionales de organizar el trabajo para avanzar hacia nuevas formas de organización del mismo.

Así, se considera que tanto la forma de trabajo fordista-taylorista como el modelo Toyota han quedado atrás. Por consiguiente, cuando se habla de nuevas formas de organizar el trabajo, se trata de la flexibilización de la organización del mismo, de nuevos modos de empleo y de las nuevas formas de relaciones del trabajo, más allá del espacio limitado por la entidad u organización. No solo son los cambios de los procesos técnicos, sino también son los cambios en las relaciones interpersonales, las comunicaciones, las motivaciones y los valores culturales.

En este sentido, el teletrabajo ha sido adaptado como una estrategia de organización del trabajo que se basa en la virtualización de la fuerza laboral con redes de multinivel y cadenas de valor a las que se puedan añadir o descartar funciones más cooperativas, basadas en el trabajo en equipo, traspasando fronteras y barreras de espacios físicos dentro o fuera de la organización, con nuevos entornos de trabajo colaborativo, en donde la innovación representa la capacidad de elaborar nuevos conocimientos productivos, nuevos productos y procesos. Ahora bien, se trata no solo de una nueva forma de trabajo sino de una nueva forma organizacional donde las dimensiones personas-espacio-tiempo-tecnología, desempeñan un papel relevante. No se trata de una simple cuestión de re-combinar las formas organizacionales para adaptarlas a las condiciones productivas que demanda el mercado; se trata de una cuestión de mayor amplitud y con una doble dimensión, ya que puede tener tanto una fuente endógena como una fuente exógena. Desde luego, esto implica cambios en los métodos y estilos de dirección, en las estructuras organizativas, en los conocimientos de los trabajadores, en los valores y motivaciones, elementos todos que potencian positiva o negativamente el teletrabajo.

El teletrabajo va evolucionando hacia un nuevo concepto del lugar de trabajo que es flexible y global, cuya práctica permite trabajar en cualquier momento y desde cualquier lugar. Se orienta hacia la flexibilización de las formas y métodos de organización, a la aplicación del diseño organizacional como herramienta para atender la complejidad e incertidumbre, con lo cual se aleja de una racionalidad formal, de una rígida jerarquía y una rígida división del trabajo, así como de rígidas normas de interacción formales.

5. ¿Cómo aplican las empresas y organizaciones el teletrabajo? Experiencia PROPET

Se debe reconocer que el teletrabajo no puede aplicarse a todas las organizaciones ni a todas las actividades, porque no todas tienen acceso a la herramientas tecnológicas, además requiere cambios en el marco jurídico-laboral, en las formas de organizar el trabajo, lo que implica nuevas aptitudes, que a su vez generan modificaciones en las actitudes y en los valores de los actores sociales.

Las organizaciones han transitado por una serie de modelos que han influido en su dirección con el fin de mejorar la calidad, eficiencia, productividad y costos, asimismo han introducido elementos innovadores a nivel organizacional para mantener un mejor control de la mano de obra y han cambiado de las formas organizacionales burocráticas a las post-burocráticas o de las modernas a las posmodernas, que son sin lugar a dudas las predominantes en nuestro siglo.

En este cambio, en esta transición, el teletrabajo, en un principio, estaba enfocado sólo a cierto tipo de personal, únicamente a quienes se consideraba que poseían aptitudes para desempeñarse con gran responsabilidad, con cierta capacidad de decisión y con amplios conocimientos técnicos. Sin embargo, en los últimos años, la tendencia ha sido digitalizar el trabajo en todos los aspectos posibles, por ello esta modalidad laboral se ha ido extendiendo a un gran número de ocupaciones entre las que se puede citar consultoría, asesoría laboral, fiscal, jurídica y/o contable, ventas, trabajo secretarial, servicios de traducción, medicina, educación y formación, arquitectura, diseño gráfico, diseño web, edición, captura de datos, programación de sistemas informáticos, ingeniería, telemarketing, teleprocesamiento, vigilancia electrónica, seguimiento de valores bursátiles, comercio electrónico, la vigilancia de bosques y del medioambiente, entre otros, es decir en principio el teletrabajo atraviesa todas las relaciones laborales y aplica a todas las posiciones en una organización, salvo aquellas que únicamente requieren la presencia física del trabajador en el establecimiento.

En cuanto a sus modalidades, la mayoría de los autores lo clasifican básicamente en tres tipos: el trabajo en casa, el trabajo móvil y el trabajo en telecentros, cuyas descripciones y modalidades veremos a continuación. En lo que respecta al “trabajo en casa”, es una modalidad de trabajo a domicilio que se estipula mediante un acuerdo con el empleador que establece la realización de tareas específicas desde el domicilio del trabajador, durante algunos días de la semana siendo el resto modalidad presencial, en la empresa. Este tipo de acuerdo está previsto en

el PROPET, que es el Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo en Empresas Privadas, creado a través de la Resolución Ministerial n. 595/13. Dentro de esta modalidad desarrollan el teletrabajo el propio Ministerio de Trabajo de la Nación, como así también Telecom, Bapro Medios de Pago, Dell, Sigén entre otras empresas u organizaciones adheridas al mismo.

En cuanto al “trabajo móvil”, también denominado como “nómada” o “itinerante” se refiere a aquellos trabajadores cuya actividad requiere frecuentes desplazamientos, por lo que desarrollan la mayor parte de su actividad en diferentes lugares (desde un hotel, desde una casa, desde las oficinas de un cliente o incluso mientras están de viaje). Es el ejemplo de la mayoría de los trabajadores de Cisco, empresa que se encuentra adherida al PROPET y a la Red de Teletrabajo.

Finalmente, “los telecentros”, también denominados “oficinas remotas”, con recursos compartidos, que disponen de las instalaciones de telecomunicaciones y de los equipos informáticos necesarios para desarrollar actividades de teletrabajo. Es el caso de las “ofiteles”, oficinas de teletrabajo, que se encuentran en etapa de desarrollo a través de las oficinas de empleo de todo el país y en proceso de experimentación. Permiten el trabajo a distancia desde una oficina armada telemáticamente. Se utiliza especialmente en aquellos casos donde la persona no puede o no le resulta conveniente desarrollar el teletrabajo en su propio domicilio, entonces se utilizan éstas que se encuentran cerca del domicilio del trabajador y que cumplen con las ventajas de reducir el tiempo de viaje en traslado, de gastos diarios del trabajador hasta su lugar de empleo y de gastos en comidas fuera de su hogar.

6. El Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo en Empresas Privadas (PROPET) ¿introduce una nueva forma contractual?

El Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo en Empresas Privadas (PROPET), fue diseñado por la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para dar una respuesta adecuada a las empresas que decidieran implementar esta modalidad. Es el primer y único Programa de Teletrabajo en América que permite evaluar el impacto del teletrabajo en las relaciones laborales a distancia, mediadas por las tecnologías de la información y la comunicación. Ha sido reglamentado por la Resolución del MTEySS n. 595/2013 publicada en el Boletín Oficial el día 5 de julio de 2013.

A) Antecedentes:

Desde el año 2003 el MTEySS comenzó a trabajar en la regulación legal del Teletrabajo, a través de la conformación de una Comisión, presidida por la suscripta e integrada por empresas, sindicatos y expertos del ámbito académico e informático que con un enfoque interdisciplinario generó por consenso las bases para una reglamentación de la temática.

Como resultado, en el año 2007, la Comisión ya transformada en Coordinación, elevó un proyecto de ley del teletrabajo en relación de dependencia. En el mismo se establecieron las condiciones legales para la práctica de la modalidad, definiendo el teletrabajo como: “la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la Ley n. 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de Tecnología de la Información y de las Comunicaciones (TIC). Por ello, se entiende por teletrabajador en relación de dependencia a “toda persona que efectúa teletrabajo según la definición anterior”.

Desde Argentina, y en particular desde el Ministerio de Trabajo, se comenzó a debatir sobre los alcances del teletrabajo y las implicancias de su aplicación. Según el informe preparado por la Comisión de Teletrabajo, teniendo en cuenta la EPH (INDEC) del 1º trimestre 2007 existían 589.157 Oficinas en el Hogar, un dato no menor que ameritaba la necesidad de buscar una herramienta que cuidara y a su vez difundiera esta nueva práctica, hoy el número creció a casi 1.800.000.

B) Objetivos:

El PROPET, es una herramienta que brinda seguridad jurídica a las empresas y contención a los teletrabajadores, facilita la adecuación de las nuevas condiciones de trabajo a distancia, las relaciones laborales atravesadas por las TIC y el surgimiento de un nuevo orden público, el del teletrabajo.

El procedimiento es sencillo y, a través de un monitoreo constante, la Coordinación de Teletrabajo lleva adelante entrevistas personales que tienen como eje al propio trabajador, su nuevo ámbito de trabajo a distancia, sus jefes, compañeros y el cumplimiento de todos y cada uno de los requerimientos en informática, seguridad e higiene, comprometidos por la empresa.

C) Metas:

- La principal meta es promover la implementación de puestos de

teletrabajo en el sector privado, resguardando al trabajador en todos sus derechos y obligaciones.

- Evaluar el impacto del teletrabajo en la generación de trabajo decente, en la mejora de la empleabilidad y en el aumento de la productividad.
- Utilizar la modalidad como motor de inclusión socio laboral que brinda respuesta inmediata a los grupos vulnerados, sean personas con discapacidad, en situación de desempleo, jóvenes y mayores excluidos del mercado laboral.

D) Duración:

Se estipula una duración de nueve meses, vencidos los cuales, podrá ser renovado siendo imprescindible la solicitud formal fundamentada por parte de la empresa y quedando a consideración de la Coordinación de Teletrabajo la viabilidad del pedido, para ello se evalúa el cumplimiento que haya tenido la empresa y la satisfacción de los teletrabajadores que se reflejan en las entrevistas ya mencionadas.

E) Metodología:

Las empresas interesadas en adherir al PROPET deberán presentar ante la Coordinación de Teletrabajo o ante la Gerencia de Empleo y Capacitación Laboral, correspondiente a su domicilio, el Formulario de Solicitud de Incorporación al Programa, en el cual describirán las características principales de la empresa y de sus puestos de trabajo, y fundamentarán su interés por aplicar la modalidad de teletrabajo. En el caso que resulte procedente la solicitud, se llevan adelante las siguientes acciones:

1. Suscripción de un convenio marco entre la empresa interesada y la Coordinación de Teletrabajo.
2. Presentación del plan de teletrabajo por parte de la empresa.
3. Designación y notificación a la ART de la empresa con la nomina de teletrabajadores.
4. Conformidad de la ART enviada por la empresa, dando conformidad a la cobertura de los teletrabajadores.
5. Presentación de los contratos individuales firmados por los teletrabajadores.

F) Contenidos del PROPET:

La participación de los Teletrabajadores en el PROPET será voluntaria y su consentimiento deberá ser asentado expresamente en el contrato individual que regule su relación laboral con la empresa adherente. La Coordinación de Teletrabajo llevará un registro de las empresas que se incorporen al Programa, así como de los convenios de adhesión que se suscriban en el marco del mismo, con sus respectivas renovaciones: a dichos fines deben tenerse en cuenta ciertas pautas inherentes a la

modalidad que se encuentran plasmadas en el PROPET:

- Voluntariedad
- Modalidad de Teletrabajo Mixto, donde necesariamente haya por lo menos dos jornadas presenciales.
- Igualdad de Derechos y Obligaciones del Teletrabajador respecto al Trabajador Presencial.
- Intangibilidad de la remuneración más allá de la Compensación por mayores gastos que se susciten por ocasión del teletrabajo.
- Reversibilidad: para los casos que el trabajador se haya iniciado como trabajador presencial.
- Herramientas de Trabajo a cargo del empleador.
- Protección de datos y usos de Internet.
- Prevención, seguridad, higiene y salud, conforme la Res. 1552/2012 de la SRT, vigente desde el 1/11/2012.
- Conformidad expresa y fehaciente del teletrabajador en la firma del acuerdo individual y en las visitas que recibiera en su domicilio personal.
- Descripción de las responsabilidades del teletrabajador: conforme políticas internas de la empresa y el compromiso de las partes de actuar de buena fe.
- Regulación formal del teletrabajo, conforme al contrato individual y el Convenio Marco.

7. Conclusión

La sociedad industrial se ha convertido en la sociedad del conocimiento, con nuevos perfiles de trabajadores y distancias acortadas por la tecnología. El trabajo debe adecuarse a los cambios, a las nuevas tecnologías, a la falta de fronteras, a las nuevas generaciones que viven y no toman al trabajo como la razón para vivir. Los resultados de la aplicación del Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo (PROPET) han sido altamente favorables, facilitando la conciliación de la vida laboral y familiar de los teletrabajadores, generando una mejora en su calidad laboral, con menor estrés, con reducción en los gastos por menor frecuencia en viajes, menor cantidad de comidas fuera del hogar, reducción del tiempo muerto que implican los traslados, con resguardos en materia de seguridad e higiene que previenen accidentes y enfermedades laborales, con disminución casi total de los accidente *in itinere*, con una nueva y mejor forma de organizar el trabajo, a distancia, con mas comodidad, con menor padecimiento, con una mejora constante

en la vida de los argentinos.

8. Bibliografía

- Alarcón Caracuel, M. R., “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, España, Ed. Bomarzo, 2004.
- De Andrés G., Olano Ocáriz, M. y Lete Murugarren, A., “Perspectiva Internacional del Teletrabajo - Nuevas formas de trabajo en la Sociedad de la Información”, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Colección Informes y Estudios, Serie Empleo, Núm. 16*, España, 2001.
- Di Martino, V. y Wirth, L., “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida”, *Revista Internacional del Trabajo*, 109, 4, Oficina Internacional del Trabajo, 1990.
- Díaz, V. L., “Teletrabajo: Pasiones encontradas”, *Temas Esenciales del Derecho Laboral- Homenaje al Dr. Santiago J. Rubinstein*, Argentina, IJ Editores, 2009.
- Doral, A., “El Teletrabajo Moderno”, *Colección Estudios, 2da. Edición actualizada*, Editorial Pearson Educación, S.A., España, 2004.
- Izquierdo Carbonero, F. J., *El teletrabajo: Análisis Jurídico-Laboral*, España, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2006.
- Sánchez Alarcos, J., “Los empleos del futuro que viene”, *Capital Humano, Supl. Organización del trabajo*, 1996.
- Thibault Aranda, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico - laboral*, España, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 2da. Edición actualizada, 2001.
- Fuentes Izquierdo, B. V., *El teletrabajo y su interpretación en el derecho laboral guatemalteco*, artículo publicado en el Derecho Guatemalteco, Guatemala, 2005 <http://www.derechogt.org/>
- Di Martino, V., *El Teletrabajo en América Latina y el Caribe*, IDRC, 2004, http://www.idrc.ca/es/ev-67035-201-1-DO_TOPIC.html
- Agencia de desarrollo de inversiones, Secretaría de Industria, Comercio y PyME Ministerio de Economía y Producción, *Invertir en Argentina, Call Centres*, 4 http://www.inversiones.gov.ar/documentos/call_center.pdf
- Ferreiros, E. M., “La Relación de Dependencia en el Mundo Jurídico Actual”, *Doctrina Laboral ERREPAR*, Diciembre de 2005.
- Gubert, E. A., “Trabajo autónomo y Trabajo dependiente”, *Doctrina Laboral ERREPAR*, Noviembre de 2001.

Díaz, V. L., “Las TICs en el desarrollo de nuevas formas de Empleo. Teletrabajo”, *RDLSS*, 2005, 21, 1719.

Proyecto de Ley sobre Teletrabajo de la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio De Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Comentarios al manifiesto Laboral Chileno

Sergio GAMONAL C.*

RESUMEN: El autor señala que la libertad sindical en una sociedad democrática es un derecho fundamental el cual es consagrado por la Organización Internacional de Trabajo. Entre los laboristas chilenos existe un amplio acuerdo de que la legislación heredada de la dictadura de Pinochet trasgrede los principios democráticos básicos, además de que vulnera la práctica argumentativa tradicional del derecho colectivo de trabajo. De esta forma el autor hace una breve reseña de la historia del derecho colectivo chileno a través de las diversas leyes que lo preceden y paralelamente realiza un estudio sobre la libertad sindical, la cual puede ser procedimental o sustantiva.

Palabras clave: Libertad sindical, actuación sindical, negociación colectiva, derecho colectivo del trabajo, libertad sindical procedimental, libertad sindical sustantiva.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho colectivo neoliberal chileno. 3. Causas de la mantención de este sistema en democracia. 4. Algunas conclusiones preliminares.

* Profesor titular de derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez. E-mail: sergio.gamonal@uai.cl Web: www.glosalaboral.cl

1. Introducción

El Manifiesto Laboral elaborado por la Fundación Sol y numerosos especialistas en derecho del trabajo⁷⁵ de distintas universidades, denuncia abiertamente la gran deuda laboral de Chile desde la vuelta a democracia en 1990.

El manifiesto resalta la importancia de la libertad sindical en una sociedad democrática, dado que se trata de un derecho fundamental⁷⁶. Un sistema que consagre la libertad sindical, debe ser respetuoso de los estándares de la Organización Internacional del Trabajo, en especial de su Comité de Libertad Sindical y del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones⁷⁷.

Existe un amplio acuerdo (casi absoluto) entre los laboristas chilenos en que la legislación heredada de la dictadura de Pinochet y conocida como Plan laboral, transgrede principios democráticos básicos en materia de libertad sindical⁷⁸, siendo más bien la legislación de un país totalitario y no democrático⁷⁹, vulnerando, además, la práctica argumentativa tradicional del derecho colectivo del trabajo⁸⁰.

En este breve comentario revisaremos cómo la legislación chilena transgrede la libertad sindical para luego preguntarnos por las causas de este estado de cosas y finalizar con algunas conclusiones preliminares.

2. El derecho colectivo neoliberal chileno⁸¹

Luego de la vuelta a democracia en Chile, a principios de los noventa, se aprobaron las leyes número 19.049 sobre centrales sindicales y 19.069

⁷⁵<http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2013/05/Manifiesto-por-un-Nuevo-Modelo-de-Relaciones-Laborales.pdf>

⁷⁶ Ermida Uriarte, O., *Sindicatos en Libertad Sindical*, 4ª edición ampliada por Martín Ermida Fernández, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012.

⁷⁷ Villavicencio Ríos, A., *La Libertad Sindical en las Normas y Pronunciamentos de la OIT: sindicatos, negociación colectiva y huelga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

⁷⁸ Gamonal C., S., “La Libertad Sindical en el Ordenamiento Laboral Chileno y los Convenios 87 y 98 de la OIT”, *Cuaderno Jurídico N° 14*, Universidad Adolfo Ibáñez, 2000.

⁷⁹ Gamonal C., S., *Trabajo y Derecho*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, 93 ss.

⁸⁰ Gamonal C., S., *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª edición, Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

⁸¹ Gamonal C., S. “Il Diritto del lavoro cileno 1990-2010: venti anni di flessibilità e sicurezza”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2011, 3, 897-906. Publicado también en *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* con el título: “Chilean Labour Law 1990-2010: Twenty years of Both Flexibility and Protection”, 2011, 1, 27, 85-94.

acerca de las organizaciones sindicales y negociación colectiva. La promesa de la coalición gobernante y opositora al régimen de Pinochet, la Concertación por la Democracia, era el retorno a un sistema democrático de relaciones del trabajo, dejando atrás el denominado Plan laboral de la dictadura, el cual establecía un marco antisindical y neoliberal en materia de derechos colectivos e individuales.

Dichas leyes ampliaban los objetivos y finalidades de la negociación colectiva, redujeron los quórum para formar sindicatos; extendieron la posibilidad para constituir sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios; permitieron la negociación por sector de actividad (sin mecanismos que, en la práctica, permitan que efectivamente se negocie a este nivel); eliminaron el plazo máximo de 60 días para la huelga (después del cual la legislación neoliberal entendía que los trabajadores habían renunciado de persistir la huelga) y establecieron nuevas normas sobre reemplazo de huelguistas y descuelgue individual de trabajadores en la huelga.

No obstante estas reformas, la normativa era claramente insuficiente y violatoria de la libertad sindical. Por ello con posterioridad, con la ley N° 19.759 del año 2001, se enmendó nuevamente el derecho colectivo del trabajo chileno, sin mejores resultados.

Para que podamos analizar el sistema sindical de Chile (extremadamente reglamentarista), debemos distinguir entre libertad sindical procedimental y sustantiva⁸². La libertad sindical procedimental dice relación con las formas y procedimientos a seguir tanto en la constitución como en la vida del sindicato, a diferencia de la sustantiva que dice relación con los derechos básicos de los trabajadores y de los sindicatos una vez constituidos.

La libertad sindical procedimental es funcional respecto de la sustantiva, ya que muchas veces tutela el fiel cumplimiento de los derechos sindicales. Sin embargo, una excesiva procedimentalización de la libertad sindical puede constituir un grave impedimento para el desarrollo de la misma, desde una perspectiva sustancial.

Inclusive, en los sistemas que intervienen la libertad sindical o en aquellos donde su consagración es más bien semántica, la libertad sindical puede ser sólo procedimental, lo que significa la plena negación de este principio, ya que su consagración es solamente formal.

Cabe constatar que el sistema de relaciones laborales chileno ha sido caracterizado como un típico sistema reglamentarista, donde la tutela

⁸² Gamonal C., S. *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª edición, Santiago, Abeledo Perrot, 2011, 66 y 67.

estatal del trabajador se realiza por medio de normas de orden público que reglamentan el contenido mínimo del contrato de trabajo, sin que las partes puedan alterar sus disposiciones, salvo para establecer mejores condiciones para el dependiente. En este sistema, el derecho colectivo en vez de ser un complemento de la tutela estatal se encuentra absolutamente limitado y controlado por las normas del Estado. Tanto el accionar de los actores sociales, como su autonomía y formas de interrelación, quedan supeditados a los deseos del legislador.

Además, podemos distinguir entre un reglamentarismo orgánico y otro funcional, según recaiga en el aspecto organizativo del sindicato o en su accionar colectivo.

En el caso de Chile, destaca negativamente el excesivo reglamentarismo funcional, donde la gran cantidad de procedimientos y formalidades configuran una libertad sindical procedimental que, en los hechos, deja en letra muerta la libertad sindical sustantiva, limitando gravemente el actuar colectivo del sindicato, especialmente la negociación colectiva y la huelga.

Los límites al derecho de huelga son excesivos. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su informe del año 2010, destaca respecto de la aplicación del Convenio 87, que el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación el cual sólo puede verse restringido en el caso de los servicios esenciales y en el caso de los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado⁸³. A este respecto, la Comisión constata que desde hace años solicita al gobierno de Chile la enmienda o derogación de numerosas disposiciones que transgreden la libertad sindical, especialmente en materia de huelga, donde la legislación es excesivamente restrictiva y contrasta absolutamente con el estándar internacional vigente.

Este reglamentarismo conlleva el riesgo del surgimiento de la informalidad en las relaciones colectivas en el sector privado, fenómeno ya consolidado en el sector público de Chile⁸⁴, en el cual el derecho colectivo es informal pero bastante más desarrollado por la fuerte organización de los trabajadores.

En cuanto a la informalidad en el sector privado, estadísticas respecto del aumento de las huelgas ilegales no son para nada alentadoras⁸⁵. Sin duda, mientras el legislador entorpezca la actuación sindical y siga restringiendo

⁸³ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, año 2010, revisado en www.ilo.org página visitada el 19 de octubre de 2010.

⁸⁴ Gamonal (2010), 159 ss.

⁸⁵ Al respecto, consultar Águila, R., Armstrong, V. y Alberto J., "Las Huelgas en Empresas del Sector Privado en Chile: 1979-1999", Revista Abante, 2000, 3, 2.

la libertad sindical se facilitará el desarrollo de la informalidad, lo que se agrava por la falta de adecuados mecanismos de resolución de conflictos. Es en este contexto donde se enmarca el manifiesto laboral que estamos comentando.

3. Causas de la mantención de este sistema en democracia

No es una novedad que en Chile, al igual que en gran parte del mundo, la ideología neoliberal se ha consolidado, permeando a los más importantes partidos políticos, lo cual ha influido en la precariedad de las relaciones laborales.

Aunque Chile ha crecido estos años, el “milagro económico neoliberal” ha dejado sus huellas. El 10% de los más ricos ganan 53 veces más que el 10% más pobre, y aunque las grandes empresas han obtenido ganancias exorbitantes con los años constantes de crecimiento, los salarios de los trabajadores de las grandes empresas han disminuido en un 18% entre 1994 y 2006⁸⁶.

Desde otra perspectiva, el 10% más rico de la población chilena supera el ingreso promedio de Noruega y el 10% más pobre alcanza sólo al de Costa de Marfil. La gran mayoría (60%) tiene el promedio de ingresos de Angola. Estos son los niveles de desigualdad, aunque el PIB chileno superó los 200.000 millones de dólares el 2010⁸⁷.

En el exitoso modelo neoliberal chileno 219.000 niños y niñas trabajan (el 6,6 % del total de menores de 18 años), según un reciente informe de la OIT de este año. De ellos, 94.000 son menores de 14 años y 125.000 hacen trabajos peligrosos. Además, el 11% de las niñas bajo 14 años cumple labores domésticas por más de 21 horas a la semana⁸⁸.

En los primeros gobiernos de la Concertación las reformas buscaban, según sus autores, la equidad, la participación y autonomía social, y la eficacia para el desarrollo⁸⁹. No obstante, ya en su lenguaje economicista estos objetivos hacen caso omiso del mundo del trabajo (libertad sindical

⁸⁶ Durán, G., *Resultados Económicos de la Negociación Colectiva en Chile*, Serie Ensayos sobre el Trabajo, 2, Santiago, Fundación Sol, disponible en: http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2010/09/Ensayo_2.pdf (visitado el 17 de julio de 2013).

⁸⁷ Zahler, A., *¿En qué país vivimos los chilenos?*, 2011, disponible en: <http://ciperchile.cl/2011/06/06/06/%C2%BFen-que-pais-vivimos-los-chilenos/> (visitado el 17 de julio de 2013).

⁸⁸ Vid. diario La Tercera de 29 de junio de 2013, 18.

⁸⁹ Cortázar Sanz, R., *Política Laboral en el Chile Democrático: avances y desafíos en los noventa*, Santiago, Dolmen, 1993.

y trabajo digno, por ejemplo), por lo que no debe extrañar que de entre estos objetivos haya predominado la “eficacia para el desarrollo” entendida como el predominio de la visión neoliberal del mundo del trabajo. Por ello, la mayoría de los ministros del trabajo de ese período fueron economistas y no abogados⁹⁰.

Sin duda hubo algunos avances importantes en materia de derecho individual del trabajo, por ejemplo, con el nuevo procedimiento laboral, la defensa de los derechos fundamentales o el desarrollo del principio protector en la jurisprudencia, aunque aún se mantiene un grado de flexibilidad importante en el contrato de trabajo. En materia de negociación colectiva, por el contrario, los cambios han sido menores y casi cosméticos, y en seguridad social lo que ha regido es la privatización de la cobertura de sus riesgos.

Esbozaremos brevemente algunos motivos que han facilitado esta hegemonía. Un factor importante es de carácter pragmático y que se relaciona con las condiciones del retorno a la democracia en Chile. En el sentir de los nuevos gobernantes (la Concertación) era necesaria la contención de los movimientos sociales para no peligrar la estabilidad de la democracia recién recuperada. E incluso la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), principal confederación sindical chilena, colaboró para este cometido aunque en el cuarto gobierno de la Concertación, de la presidenta Bachelet, terminaría relegada frente a las comisiones de tecnócratas⁹¹. No obstante la colaboración de la CUT con los gobiernos de la Concertación, esta coalición gobernante no estuvo interesada en fomentar el diálogo social en Chile e, incluso, su gestión puede ser considerada de centro derecha y no de centro izquierda como pretende ese conglomerado político⁹².

Otro elemento a considerar es el diseño institucional. La Concertación ha debido gobernar con la Constitución de Pinochet, la cual limita el actuar de los representantes de la mayoría con distintos mecanismos contra mayoritarios, como por ejemplo, el sistema electoral binominal, quórum altos para aprobar las leyes más importantes, tribunal constitucional, senadores designados, etc. En la actualidad se mantiene el sistema electoral y los quórum calificados, lo que impide realizar reformas de fondo al neoliberalismo chileno. Como sugiere Atria las instituciones de

⁹⁰ Barría Traverso, D., Araya Moreno, E. y Drouillas, Ó., “Removed from the Bargaining Table. The CUT during the Bachelet Administration”, *Latin American Perspectives*, 2012, 39, 185, 85-101.

⁹¹ Barría *et. al.*

⁹² Fernández, A. y Vera, M., “Introduction. The Bachelet Presidency and the End of Chile’s Concertación Era”, *Latin American Perspectives*, 2012, 39, 185, N° 185, 5-18.

Pinochet fueron explícitamente diseñadas para neutralizar y no para canalizar las demandas políticas del pueblo⁹³.

Por último, otro factor relevante es que el neoliberalismo ha operado política e ideológicamente transformando la sociedad chilena⁹⁴, privatizándola en algún sentido. Como se ha sugerido el programa llevado a cabo por la Concertación refleja el acuerdo de la élites chilenas de preservar el modelo neoliberal impuesto por Pinochet⁹⁵. A este respecto, debemos destacar que la legislación laboral no es de quórum calificado, es de simple mayoría, y cuando la Concertación tuvo leve mayoría en el Congreso Nacional (Senado y Cámara de Diputados) tampoco fueron aprobadas enmiendas de fondo al Plan Laboral de Pinochet.

Como dijimos, la hegemonía neoliberal no sólo ha afectado a Chile sino a todo el mundo. Desde los gobiernos de Reagan y Thatcher la revolución neoliberal ha predominado, y sus profetas por excelencia han sido los economistas. En el debate público frente a la crisis, por ejemplo, ha predominado un discurso ideológico y políticamente conveniente de las políticas de austeridad frente a las enseñanzas de Keynes en la Gran Depresión⁹⁶.

En el mundo la economía se ha convertido en un dominio imperial y los mercados se han expandido a esferas de la vida que no le pertenecen, como la salud y la educación⁹⁷.

Aunque existe evidencia de que las políticas de libre mercado casi nunca enriquecen a los países pobres⁹⁸, Chile ha seguido el neoliberalismo desde la dictadura con un dogmatismo impactante.

Como resultado de la mantención del sistema neoliberal, el crecimiento chileno y su éxito macroeconómico han dado por resultado enormes diferencias e inequidades en la sociedad chilena⁹⁹, de las cuales es expresión el mundo del trabajo y su precariedad.

En Chile, como en otras partes del mundo, se han desmantelado los derechos sociales y se consolida lo que algunos denominan “el Efecto Mateo”¹⁰⁰ (Robert K. Merton), consistente en la capacidad de los fuertes para convertirse en los primeros beneficiarios de los dispositivos

⁹³ Atria, F., *Veinte años después Neoliberalismo con Rostro Humano*, Santiago, Catalonia, 2013.

⁹⁴ Barría *et. al.*

⁹⁵ Fernández *et. al.*

⁹⁶ Krugman, P., *Acabemos ya con la crisis*. Barcelona: Crítica, 2012.

⁹⁷ Sandel, M., *Lo que el dinero no puede comprar*. Barcelona, Debate, 2013.

⁹⁸ Chang, Ha-Joon, *23 cosas que no te cuentan sobre el capitalismo*, Barcelona, Debate.

⁹⁹ Fernández *et. al.* 2012.

¹⁰⁰ Evangelio de Mateo, capítulo 25, versículo 29: “Porque a quien tiene, se le dará y vivirá en la abundancia, pero al que no tiene se le quitará aun lo que tiene.”

concebidos para mejorar la suerte de los débiles¹⁰¹. Vemos en esta nueva economía como el Estado dispone de enormes sumas de dinero para reflotar bancos privados en bancarrota en base a los recursos públicos que son recaudados especialmente en las clases medias y bajas, dado que los ricos cada vez pagan proporcionalmente menos impuestos. O sea, lo pobres pagan para mantener a los ricos¹⁰².

En este contexto y atendiendo a los factores anteriores, no es de extrañar la consolidación que ha tenido la precariedad en Chile y sus consecuencias, un sindicalismo casi muerto.

Con el actual gobierno de derecha, de Sebastián Piñera, el panorama no es para nada alentador.

4. Algunas conclusiones preliminares

El actual derecho chileno del trabajo deja mucho que desear en materia colectiva. Los trabajadores y sus sindicatos están prácticamente a merced del empleador.

Aunque el legislador democrático ha realizado numerosas enmiendas pro trabajador en el derecho individual de trabajo, no obstante mantener espacios importantes de flexibilidad, en materia de derecho colectivo perdura un sistema reglamentarista que impide el desarrollo de la libertad sindical. La negociación colectiva se mantiene dentro de la empresa, el derecho de huelga sólo puede ejercerse dentro de la negociación de empresa, sujeto a numerosos requisitos y con posibilidad de contratar trabajadores reemplazantes que hagan ilusoria esta forma de presión.

Por ello, en las cifras, la negociación colectiva se muestra con menor cobertura que años anteriores, no alcanzando, el año 2006, al 10% de las empresas de Chile¹⁰³.

Otro grave inconveniente para los derechos de los trabajadores se vincula a la falta de Diálogo Social en Chile. Aunque hubo experiencias interesantes de concertación social a principios de los años noventa¹⁰⁴, no existe el interés ni una política de diálogo entre los actores sociales.

¹⁰¹ Supiot, A., *El espíritu de Filadelfia*, Barcelona, Ediciones Península, 2011.

¹⁰² Gamonal C., S., "La justicia social frente al mercado: Recensión a Alain Supiot: El Espíritu de Filadelfia", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Legal Publishing Thomson Reuters, 2013, 1, 1, 527-530.

¹⁰³ *Quinta Encuesta Laboral ENCLA año 2006* Santiago, Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, División de Estudios, 2007, 93.

¹⁰⁴ Gamonal C., S., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Santiago, ConoSur, 1998, 219 ss.

Esta carencia es consecuente con lo ocurrido a nivel legislativo. O sea, prima una línea garantista de tipo paternalista (derecho individual), por sobre una sistema de diálogo entre los actores implicados (negociación colectiva).

Debemos entonces preguntarnos ¿qué podremos esperar del futuro del derecho laboral chileno? En este punto cobra relevancia el Manifiesto Laboral en comento, dado que para la mayoría de los laboralistas resulta indispensable el pleno reconocimiento de la libertad sindical.

Esperamos que con el Manifiesto se abra un debate enriquecedor en la sociedad chilena y se logre reequilibrar el crecimiento de forma tal que se transforme en verdadero desarrollo que beneficie a todos los integrantes de la sociedad.

4. Bibliografía

- Águila, R. y Armstrong V., “Las Huelgas en Empresas del Sector Privado en Chile: 1979-1999”, *Revista Abante*, 2000, 3, 2.
- Barría, T., D. y Araya Moreno, E., “Removed from the Bargaining Table. The CUT during the Bachelet Administration”, *Latin American Perspectives*, 2012, 39, 185, 85-101.
- Cortázar, S., R., *Política Laboral en el Chile Democrático: avances y desafíos en los noventa*, Santiago, Dolmen, 1993.
- Durán, G., *Resultados Económicos de la Negociación Colectiva en Chile, Serie Ensayos sobre el Trabajo N° 2*, Santiago, Fundación Sol, 2009, disponible en: http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2010/09/Ensayo_2.pdf (visitado el 17 de julio de 2013).
- Ermida U., O., *Sindicatos en Libertad Sindical*, 4ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2012.
- Fernández, A., Vera, M., “Introduction. The Bachelet Presidency and the End of Chile’s Concertación Era”, *Latin American Perspectives*, 2012, 39, 185, 5-18.
- Gamonal C., S., “Il Diritto del lavoro cileno 1990-2010: venti anni di flessibilità e sicurezza”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2011, 3, 897-906.
- Gamonal C., S., “La justicia social frente al mercado: Recensión a Alain Supiot: El Espíritu de Filadelfia”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Legal Publishing Thomson Reuters, 2013, 1, 1, 527-530.
- Gamonal C., S., *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª edición, Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

Gamonal C., S. *La Libertad Sindical en el Ordenamiento Laboral Chileno y los Convenios 87 y 98 de la OIT*, Cuaderno Jurídico N° 14, Universidad Adolfo Ibáñez., 2000.

Gamonal C., S., *Trabajo y Derecho*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, 93.

Supiot, A., *El espíritu de Filadelfia*, Barcelona, Ediciones Península, 2011.

Villavicencio R., A., *La Libertad Sindical en las Normas y Pronunciamientos de la OIT: sindicatos, negociación colectiva y huelga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

Zahler, A., ¿En qué país vivimos los chilenos?, 2011, disponible en: <http://ciparchile.cl/2011/06/06/%C2%BFen-que-pais-vivimos-los-chilenos/> (visitado el 17 de julio de 2013).

La Declaración Sociolaboral del Mercosur y el trabajo desarrollado por menores de 18 años en la República Argentina

Rafael LIRMAN MABÉ*

RESUMEN: La demora de diez años por parte de la República Argentina de hacer cumplir el acuerdo llevado a cabo dentro de las cláusulas del Mercosur, en relación a la edad permisiva en el trabajo, finalmente se solucionó, dando además cumplimiento parcial a lo ratificado por medio de Convenios internacionales en materia del trabajo, principalmente los Convenios adoptados por la OIT. Aunque también es de reprocharse la omisión que ha llevado al Estado Argentino a tardar en ejercer políticas públicas y un marco normativo útil, para con ello otorgar de protección a los menores de 18 años.

Palabras clave: Edad mínima, admisión al empleo, trabajo infantil, menores de 18 años, OIT, Mercosur.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Edad mínima de admisión al empleo. 3. Control del cumplimiento de las disposiciones que se refieren a la protección de los trabajadores y a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. 4. La reglamentación de los trabajos peligrosos prohibidos para menores de 18 años y la conducta omisiva de las autoridades nacionales. 5. Conclusiones 6. Bibliografía.

* Maestro Especialista en Derecho del trabajo y de la seguridad social.

1. Introducción

La Declaración Sociolaboral del Mercosur fue firmada el 10 de diciembre de 1998 por los entonces Jefes de Estado de los países integrantes del Mercado Común del Sur (Argentina, Uruguay, Paraguay y Brasil).

Es un instrumento mediante el cual los Estados Partes expresan la opción por un modelo de integración capaz de armonizar crecimiento y bienestar social, reuniendo derechos laborales acogidos en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, así como las obligaciones que a ellos corresponden, puesto que – tal como se expresa en su Preámbulo – se considera que la integración regional no puede circunscribirse a la esfera comercial y económica, debiendo abarcar asimismo la temática social en lo que respecta a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración.

Y es precisamente en su Preámbulo donde también se expresa que los Estados Partes ratificaron las principales Convenciones de la OIT, que garantizan los derechos esenciales de los trabajadores, y adoptan en larga medida las recomendaciones orientadas para la promoción del empleo calificado, de las condiciones saludables del trabajo y del bienestar de los trabajadores, reafirmando el compromiso de los Miembros de respetar, promover y poner en práctica los derechos y obligaciones expresados en las Convenciones reconocidas como fundamentales dentro y fuera de la Organización, entre las que se encuentran el *Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo* y el *Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación*.

2. Edad mínima de admisión al empleo

La Declaración Sociolaboral del Mercosur dispone que la edad mínima de admisión en el trabajo será aquella establecida conforme a las legislaciones nacionales de los Estados Partes, no pudiendo ser inferior a aquella en que cesa la escolaridad obligatoria (art. 6).

En la misma, los países miembros se comprometen a adoptar políticas y acciones que conduzcan a la abolición del trabajo infantil y la elevación progresiva de la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo, estableciéndose expresamente que las actividades laborales desempeñadas por los menores serán objeto de protección especial, fundamentalmente en lo que concierne a la edad mínima para el ingreso en el mercado de trabajo y otras medidas que posibiliten su pleno desarrollo físico, intelectual, profesional y moral.

Asimismo, dispone que la jornada de trabajo para esos menores, limitada conforme a las legislaciones nacionales, no admitirá su extensión mediante la realización de horas extras ni en horarios nocturnos y no deberá realizarse en un ambiente insalubre, peligroso o inmoral, que pueda afectar el pleno desarrollo de sus facultades físicas, mentales y morales.

Si el trabajo tiene alguna de las características antes señaladas, establece que la edad de admisión al empleo no podrá ser inferior a 18 años.

Como se observa, la Declaración Sociolaboral del Mercosur establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar políticas y acciones que conduzcan a la elevación progresiva de la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo, pero resulta que tuvieron que pasar diez largos años (con renovación de varios Presidentes y legisladores) para que, recién en junio de 2008, se concrete la sanción de la ley que eleva la edad mínima de admisión al empleo.

Nuestros legisladores deberían haberse puesto a trabajar para que sea sancionada en forma inmediata una ley que aumente a quince años la edad mínima de admisión al empleo, para armonizar la LCT con la entonces Ley Federal de Educación, que establecía 9 años de educación obligatoria.

Por otra parte, la nueva ley de educación dispone la instrucción secundaria obligatoria, motivo por el cual – de acuerdo con lo establecido en dicha norma comunitaria – la edad mínima de admisión al empleo debería coincidir con la edad en que un adolescente concluye el nivel secundario (que ronda entre los 17 y los 18 años), mientras que en la Ley 26.390 tenemos establecida una edad mínima de 15 años hasta el 25 de mayo de 2010, y de 16 años a partir de esa fecha (conforme cláusula transitoria prevista en el art. 23).

Por otra parte, la Ley 26.390 aclara que la prohibición dispuesta en su artículo 2º (prohibición de trabajo de las personas menores de 16 años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no), “no” será aplicable a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la promulgación de la misma (art. 24).

Ello significa que, por un lado, y como bien lo destaca el Dr. Julio Grisolia, lo “medular” de la reforma apuntó a elevar la edad mínima de admisión al empleo, con la finalidad declarada de “combatir el trabajo infantil” y “fortalecer la protección del trabajo adolescente”. Pero, por otro lado, como consecuencia de una desacertada decisión tomada por los legisladores, todos los menores de 16 años que hayan celebrado su contrato de trabajo antes del 24 de junio de 2008 (fecha de promulgación de la Ley 26.390), pudieron continuar prestando tareas.

En lugar de incluir dicha cláusula especial de permisión, lo que deberían haber hecho nuestros legisladores es retirar del mercado laboral a todos

los menores de 16 años que hayan celebrado contrato de trabajo con anterioridad a la fecha de promulgación de la mencionada ley, estableciendo que deberán en forma inmediata dejar de prestar tareas, y disponiéndose el otorgamiento de subsidios para que las familias de los mismos no se vean afectadas económicamente como consecuencia de la prohibición de trabajo impuesta a sus hijos, para que de esa forma los menores puedan dedicarse únicamente a estudiar (sobre todo teniendo en cuenta que el espíritu de la norma fue el dar cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio 138 de la OIT¹⁰⁵ y armonizar la normativa laboral con la Ley de Educación Nacional, todo ello de conformidad asimismo con el compromiso asumido por la Argentina al firmar la Declaración Sociolaboral del Mercosur).

3. Control del cumplimiento de las disposiciones que se refieren a la protección de los trabajadores y a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo

En el art. 18 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur se trata el tema de la Inspección del Trabajo, estableciendo que todo trabajador tiene derecho a una protección adecuada en lo que se refiere a las condiciones y al ambiente de trabajo, y que los Estados Partes se comprometen a instituir y a mantener servicios de inspección del trabajo, con el cometido de controlar en todo su territorio el cumplimiento de las disposiciones normativas que se refieren a la protección de los trabajadores y a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo¹⁰⁶.

Asimismo, mediante la Declaración Presidencial sobre Erradicación del Trabajo infantil, los Estados Partes que integran el Mercosur declararon en julio de 2002 su compromiso de fortalecer los sistemas de monitoreo e inspección del trabajo infantil, y que la Inspección de Trabajo debe encuadrarse dentro una política nacional de prevención y erradicación de esa problemática.

La Ley 25.877, sancionada en marzo de 2004, crea el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITySS), cuya finalidad es la de controlar el cumplimiento de las normas del trabajo y de la

¹⁰⁵ La República Argentina es firmante del Convenio n. 138 de la OIT, mediante el cual asumió el compromiso de elevar progresivamente la edad mínima laboral, a la par con la elevación de la escolaridad mínima obligatoria (arts. 1° y 2° inc. 3).

¹⁰⁶ Se observa que esta norma establece una garantía individual para todos los sujetos que trabajen, puesto que no distingue entre quienes lo hacen en forma autónoma o en el marco de una relación de trabajo.

seguridad social (art. 28), disponiendo a su vez que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será la autoridad de aplicación del SIDITYSS, y en tal carácter velará por las exigencias de los Convenios 81 y 129 de la OIT¹⁰⁷, estableciendo también que, cuando un Servicio Local de Inspección del Trabajo no cumpla con las exigencias dispuestas en los Convenios citados, el MTEySS – previa intervención del Consejo Federal del Trabajo – ejercerá coordinadamente con éste y con las jurisdicciones provinciales las correspondientes facultades (art. 30).

Pablo Topet aclara respecto a esto último que, si los servicios locales de inspección no cumplen con las exigencias previstas para los servicios de inspección en los Convenios 81 y 129 o en los que la propia ley haya instituido, deberá intervenir la autoridad central en forma coordinada con el Consejo Federal del Trabajo¹⁰⁸ y las jurisdicciones provinciales¹⁰⁹.

El Secretario General de la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (Gerónimo Venegas) manifestó que en el campo hay mucho trabajo infantil, mucha mano de obra indocumentada y mucho “trabajo en negro”, debido a la falta de inspecciones del Ministerio de Trabajo para lograr regularizar la situación¹¹⁰.

En la Encuesta de Actividades de Niños, Niñas y Adolescentes (EANNA), se informa que sólo el 10 % de los trabajadores de 14 a 17 años encuestados dijeron percibir algún beneficio laboral.¹¹¹ Ello indica que el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE) “no” controla en forma suficiente y eficiente el cumplimiento por parte de los trabajadores y empleadores de las obligaciones que les impone la Ley de Libreta del Trabajador Rural

¹⁰⁷ Normas internacionales que le asignan al Sistema de Inspección del Trabajo las funciones de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo, seguridad e higiene, etc. La Argentina incorporó un conjunto importante de normas internacionales a su derecho interno, al ratificar los principales instrumentos internacionales adoptados en el marco de la OIT, entre los cuales están los que conciernen a la administración del trabajo y los servicios de inspección.

¹⁰⁸ El CFT está integrado por el MTEySS y las administraciones de trabajo de cada una de las provincias y de la CABA. Funciona con los siguientes órganos: la Asamblea Federal, el Comité Ejecutivo, la Secretaría Permanente y las comisiones técnicas.

¹⁰⁹ Topet, P. A., “La Inspección del Trabajo en la República Argentina: un informe general y algunas reflexiones particulares”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2008, 6, 177, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., www.juridicas.unam.mx

¹¹⁰ Radio América, AM 1190, Programa “Diapositivas”, Entrevista a Gerónimo Venegas efectuada por el periodista Gabriel Michi, 30/03/2008.

¹¹¹ OIT, Infancia y adolescencia: trabajo y otras actividades económicas. Primera encuesta. Análisis de resultados en cuatro subregiones de la Argentina”, Primera Edición: Junio 2006, Buenos Aires, Argentina, 84-86.

(25.191).

Periodistas del canal de televisión TN entrevistaron a Nora Schulman (directora ejecutiva del Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño), quien manifestó que la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil – que se creó hace diez años – no efectúa (a través del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social) las fiscalizaciones que son necesarias para evitar que hayan niños y niñas trabajando en el ámbito rural y sin asistir a la escuela¹¹².

A su vez, la Dra. María del Pilar Rey Méndez (en su carácter de presidenta de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil) presentó en Buenos Aires un “Mapa de Mano de Obra Infantil Rural en la Agricultura” elaborado por el MTEySS, en el marco de un Seminario en el que participaron directores de la OIT, UNICEF y PNUD, y en donde la Dra. Rey Méndez destacó que de dicho mapa se desprende que se emplean chicos en los cultivos y las cosechas más diversas, y que las únicas provincias que declararon no tener trabajo infantil agrícola en sus territorios fueron Chubut, Santa Cruz, Neuquén y Tierra del Fuego¹¹³.

Por otra parte, en las calles de la ciudad de Buenos Aires (al igual de lo que ocurre en las calles del conurbano bonaerense y de ciudades del interior del país), miles de niños/as y adolescentes desarrollan distintas actividades laborales. Ello con el agravante que en la EANNA se informa que la recolección de papeles (17 %) y la venta en la vía pública (16 %) concentran el 33% del trabajo infantil en los niños y niñas indigentes, y que dicho dato es alarmante por el riesgo que implican esas actividades en niños y niñas tan pequeños.

Pese a que en la propia EANNA se afirma que dichas actividades son peligrosas y se encuadran dentro de las peores formas de trabajo infantil, los niños/as y adolescentes las continúan realizando en forma diaria y a la vista de todos los ciudadanos y autoridades nacionales y provinciales, sin que los organismos estatales encargados de efectuar las inspecciones laborales lo impidan, incumpliendo de esa forma con el Convenio 182 de la OIT¹¹⁴ y con el compromiso asumido al firmar la Declaración

¹¹² Canal TN de Televisión, “Entrevista a Nora Schulman, Directora Ejecutiva del Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, Grabado en VHS, 16/04/2008.

¹¹³ Carbajal, M., “Un mapa del trabajo rural infantil”, 13/06/2007, en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-86498-2007-06-13.html>

¹¹⁴ Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación. Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 87 ° reunión celebrada en Ginebra en Junio de 1999, y ratificado por la Argentina

Sociolaboral del Mercosur.

4. La reglamentación de los trabajos peligrosos prohibidos para menores de 18 años y la conducta omisiva de las autoridades nacionales

EL Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación insta a los Estados que lo ratifican a adoptar medidas inmediatas y eficaces destinadas a lograr la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil (art. 1).

A diferencia del Convenio 138 de la OIT, el Convenio 182 no contiene ninguna “cláusula de flexibilidad” y no distingue entre países desarrollados y países en desarrollo. Por lo tanto, se aplica a todos los menores de 18 años, puesto que en su artículo 2º establece que el término “niño” designa a toda persona menor de 18 años.

A los efectos del Convenio 182 (art. 3), la expresión “peores formas de trabajo infantil” comprende:

- a. El trabajo esclavo o forzoso.
- b. La prostitución de niños y niñas y el trabajo efectuado por los mismos en producciones o actuaciones pornográficas.
- c. El trabajo efectuado por niños para fabricar o traficar estupefacientes.
- d. Cualquier trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleve a cabo es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

En Argentina, las formas de trabajo mencionadas en los primeros tres incisos están tipificadas como figuras delictivas, con lo cual ya se encuentran prohibidas. Mientras que el inciso “d” menciona como peor forma de trabajo infantil al que “por su naturaleza o por las condiciones en que se lleve a cabo es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”.

En el art. 4, el Convenio 182 establece en su inc.1º que los tipos de trabajo a que se refiere el art. 3, inc. “d” deberán ser determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas y tomando en consideración las normas internacionales en la materia, en particular los párrafos 3º y 4º de la Recomendación sobre las peores formas de trabajo

en 2001 mediante la ley 25.255, que entró en vigor el 6 de febrero de 2002.

infantil de 1999. En su inc. 2º establece que la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, deberá localizar dónde se practican los tipos de trabajo determinados a tenor del párrafo 1º del mismo artículo.

Es decir que, el Convenio 182 OIT exhorta a los Estados que lo ratifican que tomen medidas inmediatas y eficaces para prohibir y eliminar todas las peores formas de trabajo infantil. Y el art. 3º define las “peores formas incondicionales” en sus incisos a, b y c, pero deja la definición de trabajo peligroso (inciso d) en manos de los propios países.

Luego, el artículo 4, requiere que cada país elabore su propia lista de lo que constituye trabajo peligroso.

La OIT explica que ello se debe a que las economías, industrias, costumbres y procesos productivos difieren de un sitio a otro, y los tipos de trabajo peligroso en que participan niños y niñas también difieren, como también lo harán las mejores formas de abordar el problema¹¹⁵.

Las disposiciones de la Recomendación 190 de la OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (adoptada el 17/06/1999 en la Sesión 87º de la Conferencia General de la OIT), complementan a las del Convenio 182 y deben aplicarse conjuntamente con ellas.

En su artículo 3º, la Recomendación 190 establece que, al determinar y localizar dónde se practican los tipos de trabajo a que se refiere el artículo 3º inc. d) del Convenio, debería tomarse en consideración, entre otras cosas:

- a) Los trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual;
- b) Los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados;
- c) Los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas;
- d) Los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud, y
- e) Los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador”.

Y, en su art. 4º, establece que – en los que respecta a los tipos de trabajo a

¹¹⁵ OIT, *Pasos para eliminar el trabajo infantil peligroso*, Ginebra, 2006, 1.

que se hace referencia en el apartado d) del artículo 3° del Convenio y el párrafo 3° de la propia Recomendación – la legislación nacional o la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, podrán autorizar el trabajo a partir de la edad de 16 años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de esos niños, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente.

Cabe aclarar que en la 87° Conferencia de la OIT del año 1999 – en la que se adoptó el Convenio 182 – no se logró consenso para incluir en el mismo los criterios de “trabajo peligroso para menores de 18 años” enumerados en la Recomendación 190.

Por ello, la idea es que los Estados Miembros que ratifiquen el Convenio 182 se comprometan en un proceso a identificar cuáles son las peores formas de trabajo infantil desarrolladas en sus respectivos territorios.

La OIT explica que, para eliminar el trabajo infantil peligroso, dos de los pasos fundamentales que hay seguir consisten en “armar una lista de trabajo infantil peligroso” y “formalizar dicha lista” (o sea, darle estatus legal).¹¹⁶

Asimismo, la OIT continúa explicando al respecto que la lista de trabajo infantil peligroso puede adquirir peso legal de diferentes maneras, según el marco jurídico existente en el país en cuestión, de modo tal que puede ser que sea el Poder Legislativo quien la formalice mediante la aprobación de una nueva ley, ó que alguna “autoridad competente” le confiera fuerza legal mediante la emisión de un reglamento, decreto, o directriz ministerial (dado que, la “autoridad competente” a la que se refiere el art. 4° del Convenio 182 OIT, puede ser el Poder Ejecutivo, un ministerio u otra institución nacional).

Es por ello que, desde el año 2004, en nuestro país existe un “proyecto” de decreto para determinar cuáles deben ser considerados como trabajos peligrosos prohibidos para menores de 18 años en el territorio argentino, denominándolo “Proyecto de Decreto Reglamentario del artículo 4 numeral 1. Del Convenio 182 OIT (Listado de Trabajo Infantil Peligroso prohibido para menores de 18 años, Listado TIP)”¹¹⁷.

En el mismo se explica que se lo elabora a los efectos de dar cumplimiento a las indicaciones para analizar el Convenio 182 y proponer

¹¹⁶ *Ídem*.

¹¹⁷ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, *Proyecto de Decreto Reglamentario del Artículo 4 Numeral 1 del Convenio 182 OIT (Listado Trabajo Infantil Peligroso prohibido para menores de 18 años, listado TIP)*, 30/11/2004, en <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/otia/politicas/verPolitica.asp?id=13>

las normas y acciones a las que hubiese lugar, para la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil en nuestro país, bajo la pauta de perseguir listar los trabajos peligrosos prohibidos para menores de 18 años, conocidos como TIP.

Todos los antecedentes y el borrador final del listado fueron puestos a revisión de la Dra. Valentina Forastieri (experta de la OIT), para que orientara en la tarea, resultando ser un objetivo del listado TIP – además de cumplir con los compromisos del Convenio 182 – actualizar normas de la Protección de la Salud de los Trabajadores Adolescentes, las cuales se encuentran dispersas en el plexo legal según el tema que se trate.

Conforme se señala expresamente en el proyecto, dicho listado TIP constituye un primer paso para instalar la idea o concepto de la necesidad de instituir un Régimen Especial de Prevención y Protección de la Salud y Seguridad de los Trabajadores Adolescentes, que contemplaría en un futuro cercano elevar la edad mínima de admisión al empleo.

Para elaborar los contenidos del listado, se procedió a buscar y analizar las leyes y reglamentos vigentes sobre el tema en Argentina y otros países con experiencia en la materia (en especial Brasil y Costa Rica), y la Dra. Forastieri revisó el borrador final, considerando que – en una primer instancia – el listado propuesto cumple con los requisitos del Convenio 182 (pero recomendando asimismo que – para una futura revisión de la lista – se realicen estudios diagnósticos de condiciones de trabajo de niños y adolescentes en diferentes regiones del país).¹¹⁸

En consecuencia, en noviembre de 2004 quedó redactado el texto de dicho proyecto, estableciéndose en el mismo que los trabajos, actividades, ocupaciones y tareas prohibidas para niños, niñas y adolescentes menores de 18 años, son los siguientes:

- Los trabajos en que los niños, niñas y adolescentes queden expuestos a abusos de orden físico, psicológico o sexual¹¹⁹;
- Los trabajos que se realizan bajo tierra¹²⁰, bajo el agua¹²¹, en alturas peligrosas¹²² o en espacios confinados¹²³;

¹¹⁸ Se tomaron especialmente en consideración las directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo (ILO - OSH 2001) y los criterios volcados por la Dra. Forastieri en su trabajo titulado *Los niños en el trabajo. Riesgos para la salud y la seguridad*.

¹¹⁹ Se define como “peligrosa” a aquella situación con capacidad de causar lesiones o daños a la salud de las personas.

¹²⁰ Se refiere concretamente a trabajos de explotación de minas, canteras, trabajos subterráneos y en excavaciones.

¹²¹ Alude a trabajos bajo el agua en profundidades o cámaras, estanques y toda aquella actividad que implique inmersión.

¹²² Se refiere a trabajos que se realizan en alturas que impliquen el uso de andamios,

- Los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosas, incluyendo maquinaria agrícola¹²⁴;
- Los trabajos que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas¹²⁵;
- Los trabajos realizados en un medio ambiente en el que los niños, niñas y adolescentes queden expuestos a sustancias, agentes o procesos químicos peligrosos¹²⁶;
- Los trabajos realizados en un medio ambiente en el que los niños, niñas y adolescentes queden expuestos a ruidos, vibraciones, temperaturas extremas, radiaciones u otros agentes o contaminantes físicos peligrosos¹²⁷;
- Los trabajos realizados en un medio ambiente en el que los niños, niñas y adolescentes queden expuestos a sustancias o agentes biológicos peligrosos¹²⁸;
- Los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente a los niños, niñas y adolescentes en los locales del empleador;

arnés, escaleras y líneas de vida.

¹²³ Trabajos que se desarrollan en espacios cerrados con deficiencia de oxígeno (menos de 21% de oxígeno) o presencia de gases peligrosos.

¹²⁴ Se refiere a trabajos que impliquen el uso de equipos pesados, generadores de vibraciones, herramientas y maquinaria aplastante, triturante, atrapante y cortante y los demás tipos de maquinaria y vehículos no autorizados para personas menores de dieciocho años.

¹²⁵ Trabajos que comprendan el transporte manual y continuo de cargas pesadas, incluyendo su manipulación, levantamiento, transporte y colocación, siempre y cuando sea soportado totalmente por la persona adolescente sin ayuda de medios mecánicos.

¹²⁶ Se señala en el proyecto que los valores CMP (Concentración máxima permisible ponderada en el tiempo) o TLV (Threshold Limit Value o Valor Límite Umbral) hacen referencia a concentraciones de sustancias que se encuentran en suspensión en el aire, y que los valores CMP o TLV no resultan aplicables a los trabajos realizados por menores de 18 años. Las CMP o TLV establecen concentraciones de contaminantes en el aire en un medio ambiente laboral, estos han sido fijados para adultos y no deben superarse durante la exposición de los trabajadores para una jornada de 8 horas/día y 40 horas/semana, a riesgo de provocar daños evidentes a la salud de los trabajadores.

¹²⁷ Queda prohibido a los menores de 18 años estar expuestos a sustancias, productos y agentes cancerígenos que se encuentren listados en cualquier grupo tipificado por la IARC (International Agency for Research on Cancer), fuente de consulta: <http://www-cie.iarc.fr/monoeval/grlist.html>

¹²⁸ Cuando existe una CMP o TLV es indicativo que se está ante una sustancia tóxica, o un agente peligroso. Por lo expuesto, queda prohibido a los menores de 18 años estar expuestos a una sustancia, agente o producto a los que se hayan fijado una CMP, TLV o proceso peligroso que los involucre.

- Los trabajos en el mar y en aguas interiores, cualquiera sea la actividad o tarea;
- Los trabajos de fabricación, colocación y manejo de sustancias u objetos explosivos o artículos pirotécnicos;
- Los trabajos de construcción de obras, mantenimiento de rutas, represas, puentes y muelles y obras similares, específicamente que impliquen movimiento de tierra, manipulación del asfalto, carpeteo de rutas, perfilado y reciclado de carpeta asfáltica y la demarcación;
- Los trabajos con electricidad que impliquen el montaje, regulación y reparación de instalaciones eléctricas;
- Los trabajos en producción, repartición o venta exclusiva de bebidas alcohólicas y en establecimientos de consumo inmediato;
- Los trabajos en los que la propia seguridad y la de otras personas estén sujetas a la persona adolescente trabajadora, como lo son labores de vigilancia pública y privada, cuidado de personas menores de edad, adultos mayores, enfermos, traslados de dinero y de otros bienes.

La demora en formalizar una lista de trabajo peligroso prohibido para menores de 18 años en la República Argentina, constituye una conducta grave por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, sobre todo si se toma en consideración los serios perjuicios sufridos por una inmensa cantidad de adolescentes que laboran en actividades rurales bajo condiciones impropias para su salud y desarrollo, puesto que se encuentran expuestos con frecuencia a peligros y riesgos asociados con la manipulación de agroquímicos, el uso de herramientas afiladas, la realización de tareas bajo temperaturas extremas y el uso de maquinarias de carga excesiva para su edad.

A ello se le suma el agravante consistente en que el propio Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación publicó y difundió – conjuntamente con la Organización Internacional del Trabajo – la EANNA, en cuyas “Conclusiones” se señala que existen determinadas actividades laborales desempeñadas por niños/as y adolescentes que tienen una magnitud elevada – como la venta en la vía pública o la recolección de papeles y residuos – que, por los riesgos que conllevan, necesariamente se encuadran dentro de las peores formas de trabajo infantil¹²⁹.

Respecto específicamente a la peligrosidad de dichas actividades, cabría agregar lo explicado en el “Informe sobre Trabajo Infantil en la Recuperación y Reciclaje de Residuos” elaborado por la Oficina

¹²⁹ Infancia y adolescencia: trabajo y otras actividades económicas. Primera encuesta, *op.cit.*, 118.

Internacional para las Migraciones y UNICEF (investigación que incluyó a todas las personas menores de 18 años que trabajan en la recuperación informal de residuos en la ciudad de Buenos Aires, la localidad bonaerense de Moreno y la ciudad de Posadas), en cuya “Introducción” se informa que esa actividad, especialmente cuando se lleva a cabo en basurales, rellenos sanitarios y en la vía pública en áreas urbanas, daña la salud, la seguridad y la moralidad de los niños y adolescentes y, por estas razones, debe ser considerada como una de las peores formas de trabajo infantil, implicando riesgos y peligros de accidentes, cortes, contaminación, enfermedades recurrentes en la piel e infecciones¹³⁰.

5. Conclusiones

1. La República Argentina demoró 10 años para cumplir con el compromiso de elevar la edad mínima de admisión al empleo, asumido en la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que evidencia claramente una falta de voluntad política para combatir las graves consecuencias del trabajo efectuado en nuestro país por una gran cantidad de niños y niñas.
2. En el territorio argentino, tanto en el ámbito urbano como en las zonas rurales, los empleadores que explotan laboralmente a los menores se aprovechan de la falta de inspecciones suficientes y eficientes. A su vez, los adolescentes que trabajan y que tienen una edad superior a la mínima de admisión al empleo, lo hacen en su gran mayoría en forma clandestina y sin que los organismos de inspección ejerzan un adecuado control a los fines de evitar que desarrollen actividades peligrosas que afecten el pleno desarrollo de sus facultades físicas y mentales. Ello, pese a que en la Declaración Sociolaboral del Mercosur nuestro país asumió el compromiso de controlar en todo su territorio el cumplimiento de las disposiciones normativas que se refieren a la protección de los trabajadores y a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.
3. Los trabajos que “por su naturaleza o por las condiciones en que se lleven a cabo es probable que dañen la salud, la seguridad o la moralidad de los niños” deberán ser determinados por la legislación ó autoridad competente de cada país (conforme lo dispuesto por el art. 4º del Convenio 182 de la OIT), por lo que en Argentina existe desde hace seis años un proyecto de decreto que determina cuáles deben ser considerados

¹³⁰ UNICEF Argentina, OIM, *Informe sobre trabajo infantil en la recuperación y reciclaje de residuos*, Marzo 2005, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/informetrabajoinfantil.pdf>

como trabajos peligrosos prohibidos para personas menores de 18 años. Sin embargo, ni el Parlamento ni el gobierno nacional han determinado todavía cuáles deben ser consideradas en Argentina como peores formas de trabajo infantil, de acuerdo a lo establecido por los arts. 4° y 3° inc. d) del Convenio 182 de la OIT.

Y ello pese a que la OIT¹³¹ explica que, para eliminar el trabajo peligroso para menores de 18 años, cada país tiene que seguir dos pasos fundamentales (armar una lista de trabajos peligrosos, y formalizarla)¹³².

Lamentablemente, la Argentina cumplió hasta el momento sólo el primero de dichos dos pasos fundamentales, puesto que en el mencionado proyecto de decreto se enumeran los trabajos que deben ser considerados como peligrosos para menores de esa edad, pero nunca se materializó su dictado (por lo que sólo se cuenta con un listado que no tiene estatus legal).

Es decir que, la Argentina, como Estado Miembro que ratificó dicho convenio, se comprometió a identificar cuáles son – en su respectivo territorio – los trabajos peligrosos a los que se refiere el inc. d) del art. 3°, pero aún no cumplió con ese compromiso, impidiendo en consecuencia dar un primer paso para instalar la idea o concepto de la necesidad de instituir un régimen especial de prevención y protección de la salud y seguridad de los trabajadores adolescentes, que es precisamente uno de los principales objetivos del mencionado proyecto.

4. Esa reprochable conducta omisiva de las autoridades nacionales no se conduce con el compromiso de adoptar políticas y acciones que conduzcan a la abolición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, asumido al firmar la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

6. Bibliografía

Canal TN de televisión, “Entrevista a Nora Schulman, Directora Ejecutiva del Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, Grabado en VHS, 16/04/2008.

Carbajal, M., “Un mapa del trabajo rural infantil”, 13/06/2007, en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3 - 86498 - 2007 - 06 - 13.html>

¹³¹ *Idem*

¹³² La OIT explica que es el Poder Legislativo (a través de una nueva ley) ó el PEN (a través de la emisión de un decreto ó de una resolución ministerial) quien puede otorgarle fuerza legal a una lista de trabajo infantil peligroso confeccionada en un determinado país.

- Crescente, S., “De la vigencia normativa a la vigencia social de la ley 26.061”, en García Méndez, E. (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Grisolia, J. A., “Prohibición del Trabajo Infantil y adolescente. Ley 26.390”, *Revista Laboral*, 2008, 39, publicada por la *Sociedad Argentina de Derecho Laboral*.
- Grisolia, J. A., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- Macri, M., *et. al, El trabajo infantil no es juego*, Editorial Stella, Ediciones La Crujía, Buenos Aires, 2005.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, *Proyecto de Decreto Reglamentario del Artículo 4 Numeral 1 del Convenio 182 OIT (Listado Trabajo Infantil Peligroso prohibido para menores de 18 años, listado TIP)*, 30/11/2004, en <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/otia/politicas/verPolitica.asp?id=13>
- OIT, *Pasos para eliminar el trabajo infantil peligroso*, Ginebra, 2006.
- OIT, *Análisis de las políticas y programas sociales en Argentina: La acción pública para prevenir y combatir la explotación económica de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires, 2006.
- OIT, *Infancia y adolescencia: trabajo y otras actividades económicas. Primera encuesta. Análisis de resultados en cuatro subregiones de la Argentina*, Primera Edición, Junio 2006, Buenos Aires, Argentina.
- OIT, UNICEF, UNDP Argentina, MTEySS, *Trabajo infantil y adolescente en cifras. Segunda encuesta: síntesis de resultados de la provincia de Córdoba*, Edición del MTEySS, Buenos Aires, diciembre de 2008.
- OMS, *El trabajo de los niños: riesgos especiales para la salud*, 1987, OMS Serie de informes técnicos, 756, Ginebra.
- Radio América, AM 1190, Programa “Diapositivas” del Periodista Gabriel Michi, “Reportaje a Gerónimo Venegas, Titular de la UATRE” (apuntes propios tomados en base a las manifestaciones formuladas durante la entrevista), 30/03/2008.
- Topet, P. A., “La Inspección del Trabajo en la República Argentina: un informe general y algunas reflexiones particulares”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2008, 6, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., www.juridicas.unam.mx.
- Uatre, C., *Trabajo Infantil Rural en Argentina*, Estrategias del Sector Rural para Prevenir y Erradicar el Trabajo Infantil, Buenos Aires, 2005.

UNICEF Argentina, OIM, *Informe sobre trabajo infantil en la recuperación y reciclaje de residuos*, Marzo 2005, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/informetrabajoinfantil.pdf>

La transformación del contrato individual de trabajo en el derecho laboral mexicano

Oscar ZAVALA GAMBOA*

RESUMEN: El contrato individual de trabajo nació para atender una necesidad en un momento histórico determinado, sin embargo, con el paso del tiempo y con los cambios en los sistemas económicos, políticos y sociales, así como los avances de la tecnología, esta figura se encuentra en un proceso de transformación. En el derecho mexicano, la transformación de esta *institución* tardó mucho en incorporarse a la legislación, aunque en el mundo de los hechos, estos cambios ya se aplicaban, sin la necesaria regulación, que hasta la fecha es el gran problema en la implementación de este esquema contractual.

Palabras clave: Contrato individual del trabajo-México, relación laboral-México, flexibilidad laboral, reforma laboral-México.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Las intenciones del contrato individual de trabajo. 2.1. La necesidad de un contrato de trabajo. 2.2. La independencia del contrato de trabajo del Derecho Civil. 3. El contrato individual de trabajo y la relación laboral. 4. Las tendencias del Derecho del Trabajo en materia de contratación individual. 5. Contratos atípicos de trabajo. 6. Reforma laboral y contratos de trabajo. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Secretario técnico de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. Planteamiento

Los cambios en la economía, la política, la sociedad y el desarrollo tecnológico, han significado una verdadera transformación de la institución del contrato individual de trabajo, que particularmente se traduce en una precarización de las relaciones laborales en perjuicio de los trabajadores, cuando las intenciones iniciales de esta figura versaron sobre el equilibrio de la fuerza de los factores de la producción trabajo y capital. Esta transformación se refiere, aunque no de manera exclusiva, a la ruptura del esquema tradicional de contratación laboral que tenía al tiempo indeterminado como una regla general y que hoy en día aparece como una mera excepción.

Como analizaremos en las siguientes reflexiones, el contrato individual de trabajo nació de una necesidad específica en una época determinada, pero en la actualidad, la transformación de esta institución hace que dicha necesidad vuelva a aparecer por los cambios en las relaciones laborales, que casi siempre dejan a los trabajadores en una clara desventaja frente al empleador al momento de pactar las condiciones en que se prestará la mano de obra.

Con la crisis del modelo fordista y la modificación del modelo de relaciones laborales, cambia la función de los trabajadores y la organización del trabajo, lo que genera variantes en las formas de producción, pues los avances de la tecnología, los requerimientos de la competitividad en la economía y las intenciones de aumentar la productividad, hacen que el tema del trabajo – como factor de producción – cumpla con el ciclo económico y también necesite ser ajustado a dichas circunstancias que le permitan a las empresas mantenerse en el mercado. Este argumento ha sido el justificante para un proceso de transformación del contrato individual de trabajo que aún se mantiene y que conviene estudiar detalladamente para tratar de aportar reflexiones y evitar que los principios del Derecho del Trabajo dejen de ser considerados por la normatividad laboral positiva.

2. Las intenciones del contrato individual de trabajo

Durante la historia de la humanidad, encontramos que siempre ha existido el trabajo como forma de vida del hombre y como un medio para su subsistencia; lo que ha cambiado con el paso del tiempo es la función de los trabajadores y la organización del trabajo, pues – bajo la concepción marxista de los modos de producción – hemos pasado por diferentes

etapas que se caracterizan por las peculiaridades en que se ha utilizado el trabajo humano.

Esa misma historia ha demostrado que el Derecho del Trabajo surgió como consecuencia de la explotación generada por la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica; esto permitía abusos en la materia, sin que hubiera poder reglamentario que protegiera a la parte vulnerable de esta relación¹³³.

La situación de abuso del que eran objeto los trabajadores, trajo consigo la necesidad de una normatividad especial que los protegiera y colocara en equilibrio respecto de los empleadores. La forma idónea para obtener este equilibrio, fue crear una institución propia del Derecho del Trabajo que cumpliera con tal objetivo. Así fue como primeramente fue concebida la idea del contrato individual de trabajo.

2.1. La necesidad de un contrato de trabajo

Cuando el profesor Carlos Reynoso Castillo hace referencia a la necesidad de un contrato que regule específicamente el tema del trabajo, realiza varias consideraciones que bien pueden explicitar la situación anterior, al señalar que: “Ante la imposibilidad de las instituciones del derecho civil, y en particular de los diferentes tipos de contratos, para poder regular de manera adecuada las relaciones entre trabajadores y empleadores, se fue abriendo paso la idea de contar con instituciones jurídicas adecuadas a la nueva realidad. Fue así como la idea de un contrato de trabajo autónomo del derecho común fue ganando terreno como pilar en la construcción del marco legal destinado a regular las relaciones de producción”¹³⁴.

2.2. La independencia del contrato de trabajo del Derecho Civil

Es importante delimitar perfectamente las fronteras entre el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo en materia de contratación, pues el no hacerlo se traduce en una incongruencia de retornar al Derecho del Trabajo a la regulación particular del Derecho Civil, lo que es incompatible por la

¹³³ Plá Rodríguez, A., *Los principios del derecho del trabajo*, Editorial M. B. A, Montevideo, Uruguay, 1975, 33.

¹³⁴ Reynoso Castillo, C., “Las vicisitudes del contrato de trabajo”, Kurczyn Villalobos, P. y Puig Hernández, C., (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, México, IJ-UNAM, 2003, 719.

naturaleza jurídica independiente de ambas.

No es falso señalar – incluso es fundamental hacerlo – que las bases del contrato de trabajo provienen del Derecho Civil y que éste fue estudiado durante todo el siglo XIX con la teoría contractual del derecho común que veía al contrato de trabajo como una forma especial del contrato de arrendamiento de servicios; aunque también es cierto que el contrato de trabajo ha adquirido una naturaleza autónoma con la regulación específica de la legislación laboral.

En ese orden de ideas, tenemos que en materia laboral se prevé la existencia de los contratos, y aunque esta denominación encuentra su nacimiento y explicación en el Derecho Civil, la palabra fue tomada del derecho común para traerla y aplicarla al campo del derecho del trabajo y referirse al acuerdo de voluntades mediante el cual se genera el vínculo jurídico-laboral. Un contrato en materia laboral, no es exactamente lo mismo que uno en materia civil, pues en el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la materia civil existe una regla que dice que lo acordado por las partes es ley entre las mismas (*lex contractus*), salvo aquello que vaya en contra de las buenas costumbres o del ordenamiento jurídico, pero es precisamente la posibilidad de acordar en un contrato lo que se desea la expresión más clara de la autonomía de la voluntad de las partes al momento de obligarse; este criterio no funciona en materia laboral, pues en este caso en un contrato se podrá tener un acuerdo válido siempre y cuando se respete lo establecido por la Ley Federal del Trabajo (LFT) y la Constitución, particularmente en su artículo 123¹³⁵.

De la premisa anterior, nos permitimos hacer algunas observaciones. En primer lugar, efectivamente en materia laboral existe la “posibilidad” de realizar un contrato, cuya inexistencia no es fundamento para que el trabajador sea privado de sus derechos laborales, ya que los mínimos de éstos obran en la legislación laboral y deben cumplirse, y en todo caso la falta de la formalidad contractual es imputable al empleador, tal y como sostiene la presunción laboral contenida en el artículo 21 de la LFT, que establece la presunción de existencia de un vínculo jurídico-laboral entre quien presta un trabajo personal y quien lo recibe, por lo que la obligación en cuanto a los deberes laborales, se encuentra “garantizada” en la legislación, sin importar si estamos en presencia de un contrato o una relación de trabajo, pues los efectos son los mismos.

En segundo lugar, y como lo analizamos anteriormente, la autonomía recae únicamente en cuanto a la voluntad y no al contrato, pues en

¹³⁵ Reynoso Castillo, C., *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, 63.

materia civil y laboral los contratos se rigen por ciertas reglas establecidas en la ley, con la salvedad de que en materia laboral se busca proteger a una de las partes y en materia civil – satisfechos los requisitos legales – las partes están en libertad de comprometerse de acuerdo a su voluntad y en la forma que lo deseen, aprovechando las normas dispositivas y sujetándose a las normas imperativas contempladas en los distintos ordenamientos aplicables.

Los contratos de trabajo, vistos como una ficción contractual¹³⁶ difieren de los contratos civiles, en cuanto a los alcances de la voluntad de las partes, pues en materia civil (Derecho Privado) cuando se cumplen los requisitos legales, el contrato mantendrá la intención de los contratantes en igualdad de circunstancias; mientras que en materia laboral, si existe un contrato, este se somete a lo establecido por las normas de Derecho Social y, aunque previamente se cumplan los requisitos de ley, el contenido del contrato se sujetará a los mínimos dispuestos por ésta, siendo nula cualquier estipulación que contravenga los derechos de los trabajadores.

Siguiendo las anteriores consideraciones, el concepto del profesor George Rendon nos parece apropiado para señalar las características propias del contrato de trabajo: “El contrato de trabajo es sinalagmático. Se perfecciona a título oneroso, ya que las partes se comprometen a proporcionarse prestaciones recíprocas. Es conmutativo en razón de que las prestaciones son conocidas y determinadas por anticipado, aunque el contrato se perfecciona en su desarrollo, en el cual la remuneración del trabajador depende de la cantidad de unidades que éste puede producir. El contrato de trabajo es consensual sólo necesitando del consentimiento oralmente expresado para formar el acuerdo, mientras que para el caso de las formas escritas sólo son necesarias en casos excepcionales y *ad probationem*”¹³⁷.

En nuestra consideración, el concepto anterior, unifica los elementos y características del contrato de trabajo que hemos venido analizando. Sin lugar a dudas, es un concepto que se deberá ir actualizando conforme vayan apareciendo nuevas formas de contratación individual¹³⁸, pues éstas traerán sus propias características y no podemos permitir que esta noción

¹³⁶ Véase: Buen Lozano, N. de, *La decadencia del contrato. Con un apéndice veinte años después*, 2ª ed., Porrúa, México, 1986, 267-280.

¹³⁷ Rendon, G., *Le droit du travail en Amérique Latine*, Presses Universitaires de France, París, Francia, 1970, 23.

¹³⁸ Al hablar de “nuevas formas de contratación”, no necesariamente estamos en presencia de figuras contractuales de reciente aparición, ya que en muchos casos encontraremos instituciones que reaparecen en una legislación nacional o que se retoman de la legislación comparada.

pierda validez por no encontrar su aplicabilidad.

3. El contrato individual de trabajo y la relación laboral

El Derecho Mexicano del Trabajo, y en general las legislaciones laborales, consideran la existencia en sus cuerpos normativos, tanto del contrato como de la relación de trabajo, coincidiendo en atribuir a ambos los mismos elementos y como fuente de derechos y obligaciones¹³⁹.

El contrato de trabajo ha sido considerado por algunos autores como “la institución central del Derecho del Trabajo”¹⁴⁰, y hay quienes consideran que es la relación de trabajo la más importante institución para el origen del vínculo jurídico-laboral.

Este debate se ha originado entre los contractualistas y los críticos a esta teoría como el ilustre maestro Mario de la Cueva, partidario de la primera corriente, que con su notable influencia en la creación de la LFT de 1970, sentó las bases de la diferenciación entre los conceptos de contrato y relación de trabajo señalando que el contrato de trabajo viene de la teoría clásica de los contratos, es decir de un acuerdo de voluntades; mientras que en la Teoría Moderna la Relación de Trabajo no se agota en la regulación del intercambio de prestaciones, sino que se busca la amplia protección del trabajador. Es por ello que la Teoría de la Relación Laboral se considera dentro de los principios generales adoptados por la ley laboral de 1970.

Si bien es cierto, que la Teoría de la Relación de Trabajo, ve su expresión en la LFT de 1970, sería una afirmación injustificada la que expresara que la doctrina de la relación de trabajo, fuente de los derechos del trabajador e independiente del acto o causa que le dio origen, carece de antecedentes en otras doctrinas o en otros pensadores, o bien que la Ley de 1970 la inventó en todas sus partes; ya que entre otras varias, fueron dos las ideas que nos sirvieron para forjar la estructura de la concepción de 1938, la que a su vez está en la base de la Ley de 1970: una es la del jurista George Scelle, y la otra de Erich Molitor, uno de los representantes del derecho del trabajo socialdemócrata salido de la Constitución alemana de Weimar de 1919¹⁴¹.

¹³⁹ Kurczyn Villalobos, P., “El contrato laboral; decadencia o modificación”, *Revista Latinoamericana de derecho*, México, III, 5, enero-junio de 2006, 143.

¹⁴⁰ Véase: Freedland, M., “Le contrat de travail, institution centrale du droit du travail”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Burdeos, Francia, 2007, 53-70.

¹⁴¹ Cueva, M. de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Tomo I, 22ª ed., Porrúa, México, 2009, 183.

Como bien señala de la Cueva¹⁴², para la teoría de la relación de trabajo, la protección de los trabajadores no depende del acto que le da origen – como puede ser el caso de un contrato – más bien su principal función es establecer la obligación de salvaguardar los derechos del trabajador, y considerar la existencia de un vínculo jurídico-laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe.

Gran parte de la argumentación realizada por este importante iuslaboralista mexicano, se centra en señalar que los “contratos” como objeto de regulación jurídica, recaen directamente sobre objetos del comercio y que sólo se puede contratar sobre éstos. Al respecto aclara que el trabajo no es una mercancía y por lo tanto, no es objeto de comercio, tal y como lo establece la Declaración de Filadelfia (Artículo I.a)

Podemos señalar, que las posiciones sobre el contrato y la relación de trabajo tienen tres vertientes: Para algunos autores, los aspectos relativos a las diferencias o similitudes del contrato y de la relación de trabajo constituyen el punto referencial para sostener la autonomía misma del Derecho del Trabajo. Algunos otros, como hemos hecho referencia, han señalado que el contrato de trabajo es la institución fundamental para esta disciplina jurídica, sobre la cual debe versar la edificación de las relaciones individuales de trabajo. Mientras que un tercer grupo ha considerado que el debate generado sobre la diferencia o la correspondencia entre los conceptos de contrato y relación de trabajo, es un asunto que ha perdido actualidad¹⁴³.

Para efectos del presente estudio y sin pretender escapar del debate en torno a la correspondencia o no entre los conceptos de contrato y relación de trabajo, le daremos a ambos un sentido terminológico, pues el análisis de este punto no es objeto de esta investigación, tomando en consideración que ambos producen los mismos efectos (en términos del párrafo tercero del artículo 20 de la LFT), por lo que no conviene hacer una distinción, aunado a que la legislación laboral mexicana tiene la tendencia de diferenciarlos en los términos de Mario de la Cueva señalados anteriormente, versando ambos conceptos sobre la misma característica, la *subordinación*.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ *Cfr.*, Marquet Guerrero, P., “El contrato y la relación de trabajo”, Kurczyn Villalobos, P. y Puig Hernández, C., (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IJ-UNAM, México, 2003, 519.

4. Las tendencias del Derecho del Trabajo en materia de contratación individual

Al hablar de las tendencias, debemos tomar en cuenta que el Derecho del Trabajo – más que cualquier otra disciplina jurídica – se encuentra en movimiento constante y tratando de ubicarse en una sociedad cada vez más influenciada por la economía, la tecnología y los movimientos sociales; lo que hace necesario un marco jurídico apropiado capaz de regular las problemáticas actuales, en escenarios cada vez más complejos.

El Derecho del Trabajo es una disciplina jurídica que a pesar de ser de reciente creación, ha sido objeto de mayores y notorios cambios, donde incluso encontramos factores que parecen poner en entredicho su naturaleza misma y hacen pensar en una reestructuración de esta disciplina para cumplir con sus finalidades que le dieron origen.

Hay quienes apuntan que el Derecho del Trabajo ha tomado un camino en reversa hacia su nacimiento, es decir de regreso al Derecho Civil¹⁴⁴ que fuera la justificación a la necesidad de su existencia, tal y como lo señalamos cuando hicimos referencia al nacimiento del contrato de trabajo.

El Derecho Laboral debe apuntar a regular la vida en los centros de trabajo que cada vez es más compleja y con diferentes enfoques organizacionales. Los cambios en las relaciones de trabajo han aparecido de forma muy rápida, con la característica que muchos casos son contrarios a la ley que no ha encontrado la forma de regularlos. Estos cambios se ven representados de muy diversas maneras en los tiempos de trabajo, la disminución de derechos adquiridos, la subcontratación de parte de los procesos productivos, la aparición de nuevas modalidades de remuneración, la flexibilidad en los puestos y esquemas de trabajo, etcétera¹⁴⁵.

Precisamente, son esos cambios al margen de la ley los que hacen necesaria una adecuación del sistema normativo al terreno de los hechos, pues las modificaciones a las formas de contratación individual, generalmente se han convertido en una forma de precarizar las relaciones laborales en perjuicio de los trabajadores. Situación que ha sido considerada por distintas disciplinas, en cuanto al impacto, pues siempre encontraremos inmersos en esas cuestiones factores económicos, sociales y por supuesto jurídicos.

¹⁴⁴ Véase: Buen Lozano, N. de, “El futuro del derecho del trabajo”, Soberanes Fernández, J. L. (Comp.), *Tendencias actuales del derecho*, 2ª ed., UNAM, México, 2001, 87-93.

¹⁴⁵ Reynoso Castillo, C., *op. Cit*, 129.

Para hablar de una adecuación normativa, debemos considerar las necesidades de cada Estado en lo particular, sin olvidar los principios establecidos en los instrumentos internacionales y la doctrina; pues la omisión de dichos elementos puede traducirse en reformas laborales tan criticadas por atentar contra los derechos de los trabajadores, como es el caso de España e incluso la mexicana, donde evidentemente los reclamos no se han hecho esperar y la sociedad ha expresado su descontento ante medidas que por sí solas no justifican su necesidad.

El Derecho del Trabajo se ha desarrollado bajo un modelo caracterizado por relaciones de trabajo homogéneas, constituidas de empleos estables, regulares y continuos, ocupados por trabajadores que laboran en tiempo completo, ejecutando su trabajo para un solo empleador y bajo su control y en el mismo lugar de la empresa. En la actualidad, encontramos varias formas de empleo que no corresponden a ese esquema, por lo que vivimos una crisis de la relación laboral fordista, lo que aunado a la emergencia de nuevas relaciones de trabajo, nos permite hablar de una posible crisis del contrato de trabajo y en particular de la noción de subordinación, o quizás de un proceso de transformación del contrato de trabajo, como lo pretendemos ejemplificar en estas líneas¹⁴⁶.

En efecto, los cambios en materia de contratación individual de trabajadores implican la crisis de varias instituciones del derecho del trabajo que parecían estar consolidadas, por lo tanto podemos afirmar que el mismo contrato de trabajo se encuentra en una crisis que en la mayoría de los casos afecta a los trabajadores, por ser la expresión más clara de un proceso de precarización laboral que se ha iniciado y requiere una regulación.

Así pues, hemos tenido la aparición de la “flexibilidad” de las relaciones laborales que en muchas ocasiones ha sido un “pretexto” para disminuir la calidad de las prestaciones de los trabajadores, por motivos de adaptación a la economía y a la competitividad que son cada vez más evidentes y que requieren un ajuste en todos los ámbitos del sistema productivo.

En esta nueva etapa, el Derecho del Trabajo se enfrenta a esta noción de flexibilidad, que ha surgido a raíz de la apertura comercial que trajo el neoliberalismo (lo que significó la caída del Keynesianismo) y los tratados comerciales que se han realizado; las cuales parecieran considerar al Derecho del Trabajo y al Derecho de la Seguridad Social, como dos obstáculos a la libre competencia económica y como un lastre en un modelo económico como el actual. Parece ser que el cumplimiento de los

¹⁴⁶ Sánchez-Castañeda, A., *Las transformaciones del derecho del trabajo*, IIJ-UNAM, México, 2006, 27.

Derechos de los Trabajadores no se considera como parte de una inversión, sino como un gasto de las empresas que puede ser eliminado o reducido.

Bajo estas consideraciones, el término “flexibilidad” ha aparecido como el concepto idóneo para referirse a los cambios en la regulación jurídica del trabajo, “necesarios” para adecuarse a las transformaciones de una economía global que pasa por momentos complicados. Es un término que se incorporó al lenguaje jurídico-laboral, y que se relaciona directamente con la tendencia evolutiva que ha seguido el Derecho del Trabajo¹⁴⁷, aunque la pregunta sigue siendo hacia dónde debe dirigirse tal evolución.

En una adecuada armonía y control, la flexibilidad laboral ha permitido a las empresas competir, manteniendo la existencia de las fuentes de trabajo, y permitiendo el acceso a un empleo a ciertos sectores de la población que en otro tiempo se encontraban excluidos o ni siquiera considerados. Debemos ver a la flexibilidad laboral no como un enemigo, pero tampoco debemos caer en el extremo de justificarla cuando ésta ha implicado o implica la precarización del trabajo. Una flexibilidad regulada, siempre será bienvenida en un mundo globalizado como el nuestro; incluso podemos seguir el razonamiento del profesor Jean-Claude Javillier sobre la *considerable importancia* de la flexibilidad en el Derecho del Trabajo¹⁴⁸.

Las nuevas relaciones laborales han nacido y seguirán naciendo. El Derecho del Trabajo no debe perder su autonomía, ni mucho menos desaparecer ante esos escenarios complejos que al principio no se imaginaba su existencia. Esta rama jurídica debe atender su carácter expansivo y comenzar la regulación de esas nuevas relaciones laborales que han generado modalidades de contratación del trabajo muy divergentes de las ya existentes.

El Derecho del Trabajo parece, al menos en México, haberse quedado muy atrás en el tratamiento de los adelantos de la sociedad. Mientras que sólo algunas legislaciones se han preocupado por regular nuevos factores en rubros como riesgos de trabajo, empleo y tecnología, modos de producción, acceso al empleo, etcétera, y lo peor es que la existencia de estas novedades ha flexibilizado de forma negativa a las relaciones laborales, sin contar con la seguridad apropiada que requieren los trabajadores.

Todo esto a consecuencia de que las normas de producción la organización del trabajo en la empresa han devenido flexibles, tal y como lo demuestra el paso de la empresa jerarquizada a la empresa en red, que

¹⁴⁷ *Cfr. op. cit.*, Reynoso Castillo, C., 143.

¹⁴⁸ Javillier, J.-C., *Droit du travail*, 6a ed., LGDJ, París, Francia, 1998, 66.

repercute no sólo en la organización del trabajo, sino también en la regulación que esto necesita¹⁴⁹.

Podemos concluir, que las características y particularidades del Derecho del Trabajo tal y como las hemos conocido hasta ahora, resultan altamente cuestionadas, por lo que podríamos hablar de una crisis de la concepción tradicional de la relación de trabajo, y de la emergencia de nuevas formas de contratación laboral.

5. Contratos atípicos de trabajo

El trabajo que puede considerarse como típico, es el trabajo subordinado. O como se ha conocido tradicionalmente a los trabajadores de tiempo completo, que realizan una actividad personal con funciones definidas y bajo la subordinación jurídica del empleador. Su principal característica es que las normas que lo regulan atribuyen diversos beneficios a los trabajadores (licencia, sueldo anual complementario, indemnizaciones en caso de despido, cobertura amplia de la seguridad social)¹⁵⁰.

El contrato de trabajo típico, se caracteriza por la identificación plena de los elementos de la relación laboral. Estos elementos se relacionan con las características “típicas” del trabajo que señala el profesor Juan Raso Delgue, y a las cuales podríamos añadir a la empresa como centro de trabajo, al tiempo indeterminado como regla de las contrataciones laborales y a la plena identificación del empleador.

El trabajo típico es el escenario deseado por el Derecho del Trabajo, pues es el campo idóneo para la aplicación de la normatividad laboral. Situación que en un inicio así fue, pero que hoy en día y con las transformaciones del contrato de trabajo, pareciera que nuestra disciplina no encuentra la regulación idónea en muchos casos, y peor aún, hay otros en los cuales ni siquiera se contempla la aplicación del derecho laboral.

Así pues, se le dará el carácter de atípico, al contrato de trabajo que dentro de su estructura carezca de uno o más de los elementos típicos, es decir: a) que no sea a tiempo completo; b) que no se cumpla dentro de los límites de la jornada máxima; c) que su duración no sea indefinida; d) que sea prestado bajo la subordinación de persona distinta a la que abona la remuneración; o e) que se realice fuera del centro de trabajo del

¹⁴⁹ Sánchez-Castañeda, A., *et. al*, *La subcontratación: Un fenómeno global*, UNAM, México, 2011, IX.

¹⁵⁰ Raso Delgue, J., *La contratación atípica del trabajo*, Ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 2003, 32.

empleador¹⁵¹.

Las características del trabajo atípico, así como se han señalado, tendrán inmerso el carácter de la flexibilidad laboral, como una tendencia en materia de contratación individual de trabajadores. Esta circunstancia la hemos abordado previamente, pero conviene apuntar que los contratos atípicos de trabajo son la expresión de la flexibilidad aplicada a las relaciones laborales.

En ese orden de ideas, nos parecen apropiados los criterios señalados por el profesor Mario Pasco Cosmópolis, para plantear la atipicidad, y que nos permitimos transcribir¹⁵²:

- Por la duración del contrato, distinguiendo entre los contratos que son temporales por su propia índole o naturaleza, como sucede con construcción civil o el trabajo de artistas y deportistas, y los que son temporales por condiciones de su estipulación.
- Por la extensión de la jornada de trabajo, acogiendo las formas más frecuentes de atipicidad, como el trabajo a tiempo parcial (*part-time*), las jornadas acumulativas, y otras modalidades.
- Por el lugar de trabajo: el trabajo a domicilio tradicional se manifiesta hoy de maneras novedosas, por ejemplo, el teletrabajo.
- Por la índole del empleador: subcontratación e intermediación.

La característica de “atipicidad”, bajo algunos de los criterios señalados, se ha convertido en un ejercicio muy común en el mundo de los contratos de trabajo. Diversas son las legislaciones que han dado una regulación a este tipo de contratos con la intención de abarcar y principalmente hacer valer al Derecho Laboral frente a estos nuevos esquemas contractuales.

La necesidad de una adecuada regulación de este tema, sobra decirlo, es por demás necesaria. Al menos en nuestro país, la realidad ha superado por mucho a lo establecido por la legislación, que ni con la reforma a la LFT del año pasado ha quedado satisfecha, siendo una circunstancia no permisible cuando hablamos de la protección de los trabajadores como el fin máximo de Derecho Laboral.

Las causas de la atipicidad, los avances en la tecnología, los cambios en la economía y la evolución de las sociedades, están continuamente cambiando. El Derecho del Trabajo debe entender y regular los nuevos

¹⁵¹ Pasco Cosmópolis, M., “Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra”, Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006, 68.

¹⁵² *Ibidem*, 69.

contratos de trabajo como expresión de las nuevas relaciones laborales. Sin que éstos impliquen la generación de relaciones de trabajo precarias, en donde los trabajadores, a pesar de laborar, dadas las características del trabajo prestado, se conviertan en trabajadores pobres. Para lo cual, debemos revisar en el derecho comparado del trabajo, si esto sucede así, ya que ninguna circunstancia de ninguna índole (reducción de costos en la empresa, acceso a mercados de trabajo, etcétera) justifica una precarización de los contratos de trabajo, pues más que arreglando un problema, estaríamos generando un mal mayor por los costos sociales que eso conlleva.

6. Reforma laboral y contratos de trabajo

Con la reforma a la LFT, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, terminó un largo camino de intentos por reformar la legislación laboral que no habían tenido mucho éxito, por no conseguir un consenso entre los factores de la producción, pero principalmente, por no ser un punto de acuerdo entre los distintos partidos políticos, en diversas legislaturas.

En el tema específico del contrato individual de trabajo, podemos enlistar las siguientes modificaciones a la LFT que tienen efectos directos en la constitución de una relación laboral:

a. Trabajo en régimen de subcontratación (artículo 15-A). Un tema que se discutió por mucho tiempo y que fue pretexto en otras ocasiones para no consolidar una reforma laboral, fue finalmente aceptado, aunque sus alcances siguen sin estar claramente definidos, y en otros casos sus efectos parecen no corresponder con otras leyes, particularmente con la Ley del Seguro Social, y con algunos criterios jurisprudenciales.

La definición adoptada por la LFT fue: trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.

La utilización de esta figura no podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo; deberá justificarse por su carácter especializado, y no podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante. En caso de no cumplirse con estos requisitos el contratante se considerará patrón para todos los efectos

legales, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.

No obstante, de la importancia de incorporar en la LFT el tema de la subcontratación, es fundamental hacer eficientes – no sólo crear – mecanismos que eviten la simulación y el fraude laboral, ya que la subcontratación, como forma de organización empresarial, y no sólo como institución jurídica, tiene muchos matices que facilitan la utilización de figuras del derecho común para ocultar relaciones laborales.¹⁵³

b. Duración del contrato de trabajo (artículo 35). Anteriormente, como lo señalamos, únicamente la LFT consideraba como duración de las relaciones laborales al tiempo indeterminado, tiempo determinado y obra determinada, con la reforma laboral se añade el trabajo por temporada, que no se encontraba alejado de la legislación, pero cuya inclusión en el cuerpo normativo no se esperaba en la prestación del trabajo en actividades discontinuas (artículo 39-F).

c. Capacitación inicial y periodo a prueba. Una de las modificaciones importantes, es que se incorpora la posibilidad de sujetar la duración de las relaciones laborales, a un periodo de capacitación inicial o prueba. Recordemos que el periodo a prueba ya había existido en la legislación laboral mexicana, pero en este caso, la situación de la economía y la evolución del trabajo, hacen ver a esta figura como una herramienta en contra de los trabajadores, aunque la propia legislación establece ciertos candados que bien valen la pena mencionar, como la prohibición de su prórroga, la obligación de proporcionar seguridad social y el compromiso de las partes.

El periodo a prueba (artículo 39-A) solo podrá aplicarse en relaciones de trabajo por tiempo indeterminado o cuando excedan de ciento ochenta días, no podrá exceder de treinta días, ya que su único fin es verificar que el trabajador cumple con los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo que se solicita. Dicho periodo podrá extenderse hasta ciento ochenta días, sólo cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores técnicas o profesionales especializadas. Durante el periodo de prueba el trabajador disfrutará del salario, la garantía de la seguridad social y de las prestaciones de la categoría o

¹⁵³ Véase: Kurczyn Villalobos, P. y Zavala Gamboa, O., “Las relaciones triangulares de trabajo. Problemas jurídicos para su determinación”, *Revista Trabajo*, Organización Internacional del Trabajo-México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2012, 9, 45-70. Zavala Gamboa, O., “Encubrimiento de relaciones de trabajo en México. Comentario de legislación y jurisprudencia”, *Revista Jurisdictio del Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de México*, 2012, 2, 85-92.

puesto que desempeñe. Al término del periodo de prueba, de no acreditar el trabajador que satisface los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar las labores, a juicio del patrón, tomando en cuenta la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento en los términos de esta Ley, así como la naturaleza de la categoría o puesto, se dará por terminada la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón.

Por su parte la capacitación inicial (artículo 39-B) es aquella por virtud de la cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios subordinados, bajo la dirección y mando del patrón, con el fin de que adquiera los conocimientos o habilidades necesarios para la actividad para la que vaya a ser contratado. Esta relación laboral tendrá una duración máxima de tres meses o hasta seis meses sólo cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores que requieran conocimientos profesionales especializados. Durante ese tiempo el trabajador disfrutará del salario, la garantía de la seguridad social y de las prestaciones de la categoría o puesto que desempeñe. Al término de la capacitación inicial, de no acreditar competencia el trabajador, a juicio del patrón, tomando en cuenta la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento en los términos de la LFT, así como a la naturaleza de la categoría o puesto, se dará por terminada la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón.

Finalmente, tanto el período a prueba, como en la capacitación inicial, se harán constar por escrito y se deberá garantizar la seguridad social del trabajador; en caso contrario se entenderá que es por tiempo indeterminado, y se procurarán los derechos de seguridad social del trabajador.

d. Actividades conexas (artículo 56-Bis). Los trabajadores podrán desempeñar labores o tareas conexas o complementarias a su labor principal, por lo cual podrán recibir la compensación salarial correspondiente. Estas labores son aquellas relacionadas permanente y directamente con las que estén pactadas en los contratos individuales y colectivos de trabajo o, en su caso, las que habitualmente realice el trabajador.

e. Pago por hora (artículo 83). El trabajador y el empleador podrán convenir el monto del salario, siempre que se trate de un salario remunerador, así como el pago por cada hora de prestación de servicio, siempre y cuando no se exceda la jornada máxima legal y se respeten los derechos laborales y de seguridad social que correspondan a la plaza de que se trate. El ingreso que perciban los trabajadores por esta modalidad, en ningún caso

será inferior al que corresponda a una jornada diaria.

Este es un punto que fue objeto de interesantes debates, ya que se consideraba que existirían casos en los que un trabajador cobraría el salario mínimo dividido en la jornada laboral. La realidad de las cosas, es que la redacción hace ambigua la interpretación de este precepto, por lo que la aplicación del mismo sigue siendo una incógnita que ya corresponderá al Poder Judicial especificar los alcances de este artículo; por lo menos, en una primera aproximación, parece que esto no será así.

f. Teletrabajo (artículo 311). El teletrabajo se ha difundido principalmente en los países con mayor desarrollo tecnológico, se define por la doctrina como aquél que se realiza en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente seleccionado por él, fuera del centro de trabajo. Se desarrolla a distancia, usando informática, técnicas de telecomunicación o bien cuando éstas son utilizadas para transmitir los resultados del trabajo al empleador¹⁵⁴.

En nuestra opinión, consideramos que si bien el teletrabajo puede ser una modalidad del trabajo a domicilio, lo cierto es que la normatividad sería limitada si se queda con dicha afirmación, ya que el teletrabajo puede implicar situaciones más complejas, modernas y sofisticadas por la incorporación de la informática y las nuevas tecnologías de la comunicación, como la prestación de la actividad en otro país. En ese sentido, al intentar modernizarse la LFT, se incorporó esta figura en el texto normativo.

g. Trabajo en minas. En una muestra clara de deficiencia en la técnica legislativa, se incorporó el trabajo en minas en el Capítulo XIII Bis, del Título Sexto de la LFT. En primer lugar su ubicación es inentendible, mientras que su contenido es igual de limitado al referirse únicamente a las minas de carbón (artículo 343-A), que entenderemos, por analogía, se aplicará a las minas productoras de otros recursos. En específico, esta modalidad contractual exige el cumplimiento de normas especiales para salvaguardar la seguridad de los trabajadores, situación que ya se encontraba en diversas Normas Oficiales Mexicanas, pero su inclusión en la LFT implica un intento de armonía legislativa.

En este apartado hicimos mención de las principales modificaciones que trajo la reforma laboral en el tema del contrato individual del trabajo. Sin lugar a dudas, existe una transformación donde vemos aplicada la noción de flexibilidad de las relaciones de trabajo, por lo que el Derecho Laboral debe seguir atento, no sólo de la incorporación de estas modificaciones en el texto normativo, si no también, y más importante aún, de la aplicación

¹⁵⁴ Kurczyn Villalobos, P., *op. cit.*, 51.

que se haga de estas figuras. No debemos obviar la implicación que el derecho colectivo del trabajo, los procedimientos laborales y la seguridad social tendrán en el contrato de trabajo, sin embargo es un tema que todavía no se ha dejado ver.

7. Conclusiones

Las tendencias del Derecho del Trabajo deben apuntar hacia adecuaciones que permitan la protección de los trabajadores ante escenarios cada vez más agresivos contra los derechos laborales. Con esto no queremos decir que las tendencias *flexibilizadoras* del Derecho del Trabajo sean inadecuadas en todos los casos, pero tampoco debemos ignorar la precariedad laboral que generan algunas de ellas con su ejercicio desmedido, lo que resulta ser el verdadero problema de su implementación.

En ese sentido – y justificando la necesaria aplicación de algunas medidas que flexibilicen las relaciones laborales en aras de mantener y crear fuentes de trabajo – nos parece apropiado citar un comentario que la profesora Patricia Kurczyn Villalobos hace al respecto: “Para promover alguna defensa legislativa se estima necesario recordar cuál es la razón del ser del derecho del trabajo. Su fundamento, sus finalidades y sus características, se vinculan estrechamente con su origen mismo y en el centro de todo ello está el ser humano acompañado de su dignidad, de sus necesidades, de sus aspiraciones y del recuerdo de sus luchas por alcanzar la igualdad, la libertad y la justicia, valores irrenunciables”¹⁵⁵.

La transformación del contrato individual del trabajo es indudablemente un reto para el derecho laboral. Las transformaciones no son malas, incluso podemos hablar que en el tema de la contratación de trabajadores, se han hecho modificaciones que permiten el acceso al empleo a personas que en un esquema tradicional de contratación, hubiere sido complicado que se ajustaran a dicho modelo. Lo importante es, salvaguardar los derechos de los trabajadores y propiciar la estabilidad laboral.

En el caso especial de reforma laboral en México, ésta fue muy esperada, sin embargo el foro no se encuentra satisfecho pues quedaron muchos temas pendientes y otros son bastante confusos. Sin lugar a dudas, una reforma laboral integral no debe limitarse a la LFT, sino que debe abarcar otros ordenamientos jurídicos que se relacionen con la prestación del

¹⁵⁵ Kurczyn Villalobos, P., *Las nuevas relaciones de trabajo*, Porrúa, UNAM, México, 1999, XXIII.

trabajo en la actualidad, buscando encontrar figuras contractuales de naturaleza laboral ocultas en dichos ordenamientos.

8. Bibliografía

- Buen Lozano, N. de y Morgado Valenzuela, E. (Coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México, UNAM, AIDTSS, 1997.
- Buen Lozano, N. de y Morgado Valenzuela, E. (Coords.), *La decadencia del contrato. Con un apéndice veinte años después*, 2ª ed., Porrúa, México, 1986.
- Cueva, M. de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Tomo I, 22ª ed., Porrúa, México, 2009.
- Freedland, M., “Le contrat de travail, institution centrale du droit du travail”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Burdeos, Francia, 2007.
- Javillier, J.-C., *Droit du travail*, 6a ed., LGDJ, París, Francia, 1998.
- Kurczyn Villalobos, P., *Las nuevas relaciones de trabajo*, Porrúa, UNAM, México, 1999.
- Kurczyn Villalobos, P., “El contrato laboral; decadencia o modificación”, *Revista Latinoamericana de derecho*, México, III, 5, enero-junio de 2006.
- Kurczyn Villalobos, P. y Zavala Gamboa, O., “Las relaciones triangulares de trabajo. Problemas jurídicos para su determinación”, *Revista Trabajo*, Organización Internacional del Trabajo-México, Universidad Autónoma Metropolitana, 9, 2012, 45-70.
- Pasco Cosmópolis, M., “Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra”, Kurczyn Villalobos, P. (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006.
- Plá Rodríguez, A., *Los principios del derecho del trabajo*, Editorial M. B. A, Montevideo, Uruguay, 1975.
- Raso Delgue, J., *La contratación atípica del trabajo*, Ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 2003.
- Rendon, G., *Le droit du travail en Amérique Latine*, Presses Universitaires de France, París, Francia, 1970.
- Reynoso Castillo, C., “Las vicisitudes del contrato de trabajo”, Kurczyn Villalobos, P. y Puig Hernández, C., (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- Reynoso Castillo, C., *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.

- Sánchez-Castañeda, A., *Las transformaciones del derecho del trabajo*, IIJ-UNAM, México, 2006.
- Sánchez-Castañeda, A., et. al, *La subcontratación: Un fenómeno global*, IIJ-UNAM, México, 2011.
- Sánchez-Castañeda, A. y Reynoso Castillo, C., *La nueva legislación laboral mexicana*, IIJ-UNAM, México, 2013.
- Zavala Gamboa, O., “Encubrimiento de relaciones de trabajo en México. Comentario de legislación y jurisprudencia”, *Revista Iurisdictio del Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de México*, 2, 2012, 85-92.

La Pensión de Jubilación en España tras las recientes reformas (Ley 27/2011 y RDL 5/2013)

María Antonia PÉREZ ALONSO*

RESUMEN: En el presente estudio se hace un recorrido por las principales reformas llevadas a cabo en España tras las reformas incorporadas por la Ley 27/2011 y sus posterior ajuste realizado por el RDL 5/2013, en materia de jubilación. Destaca la rebaja la cuantía de las pensiones, realizado de un lado, al aumentar los años para el cálculo de lo que se denomina la Base reguladora. De este modo, sin aumentar el período mínimo de acceso a la pensión de jubilación que se mantiene en 15 años, se rebaja el porcentaje aplicable a la base reguladora y ésta, a su vez, se calcula con un mayor número de años, pasando de 15 años a 25 años computados, lo que supondrá para los trabajadores que no tengan largas carreras profesionales o aun teniéndolas, lo sean intermitentes, una importante rebaja en la cuantía de las pensiones. De otro lado, se hace un estudio de las distintas situaciones en las que se permite el acceso a las distintas modalidades de jubilaciones anticipadas. Por último se incorpora un estudio estadístico de la evolución de la esperanza de vida por segmentos de la población. La conclusión es que se prevé que, en cifras absolutas, el número de pensiones en la Seguridad Social pasaría de los 9 millones actuales a los 15 millones en 2052.

Palabras clave: Jubilación, Reforma en Seguridad Social, España.

SUMARIO: 1. La jubilación ordinaria y su cuantía. 1.1. El aumento del período cotizado y las nuevas fórmulas de la Base reguladora. La integración de lagunas de cotización. 1.2. La cuantía de la pensión de jubilación y los porcentajes aplicables a la Base Reguladora. 2. La jubilación anticipada. 2.1. Jubilación anticipada por cese no voluntario. 2.2. Jubilación anticipada por cese voluntario. 3. Las novedades en la compatibilidad de la jubilación ordinaria tras el RDL 5/2013. 4. A modo de reflexión. 5. Bibliografía.

* Profesora Titular de Universidad. Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia (España). Magistrada suplente (social) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

1. La jubilación ordinaria y su cuantía

La pensión de jubilación en España ha sido objeto de importantes reformas tras la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2-8-2011), modificada, a su vez, por el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad (BOE de 16-3-2013). Esta norma centra su eje de reforma en aspectos tan básicos como la edad pensionable o el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, modificando, de un lado, la fórmula de la Base reguladora y, de otro, el porcentaje aplicable a la base reguladora, el cual ha sido rebajado considerablemente, dando lugar, en consecuencia, a una rebaja importante en la cuantía de las pensiones.

La reforma se centra en dos puntos básicos, de un lado, aumenta la edad mínima pensionable que pasa de 65 años a 67 años (aplicación progresiva que culmina en el año 2027). Esta edad es la fijada en la jubilación ordinaria e, igualmente, se ha aumentado el período de cálculo de las bases de cotización que se utilizan para el cálculo de la Base reguladora. De este modo, se ha pasado de utilizar como módulo para el cálculo de la pensión de 15 años a 25 años (también de aplicación transitoria hasta 2022). El aumento de bases de cotización computables determinará, para los trabajadores con carreras laborales cortas, una mengua en la cuantía de sus pensiones, pero no así para los que tenga una mayor carrera profesional. No obstante, la nueva DT 5ª del RDL 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS) prevé determinadas excepciones a la aplicación de la regla general del cálculo de la Base reguladora, tanto para los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia.

1.1. El aumento del período cotizado y las nuevas fórmulas de la Base reguladora. La integración de lagunas de cotización

La Ley establece normas de aplicación paulatina, de modo que desde 2013 a 2018, aumenta la edad un mes cada año y desde 2019 a 2027 aumenta dos meses cada año. Por su parte, el aumento de cotización aumenta 3 meses cada año y el cálculo de la base reguladora aumenta 12 meses cada año aplicándose el cómputo de los 25 años ya desde el año 2022¹⁵⁶. Vid.

¹⁵⁶Vid. Pérez Alonso, Mª., “La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de Seguridad Social”, *Revista de Aranzadi social*, 2012, 9, 147 ss.; Pérez Alonso, Mª., “La

En este sentido la siguiente escala¹⁵⁷:

2013:

- 35 años y 3 meses o más años.....65 años.

reciente reforma de la pensión de jubilación en España y su entrada en vigor el 1 de enero de 2013”, Ramírez Martínez J. M. (dirigido por). Admitida para su publicación en Revista *Il diritto del mercato di lavoro*, Francesco Santoni, Edizioni Scientifiche Italiane, septiembre de 2012; “La acción protectora en el Régimen General de la Seguridad Social y su incidencia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Problemas aplicativos”, en *Revista de Aranzadi social* 2013, 2, 175 ss.; vid. un estudio completo de las reformas en materia de Seguridad Social en Tortuero Plaza, J. L., “La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y de modernización”, *Revista de Aranzadi social* 2011, 3, 4 ss.; vid. Sempere Navarro, A. V., “Actualización del sistema de Seguridad Social. Una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011 (I), (II)”, *AS*, 2011, 6 y 7; Sempere Navarro, A. V. y Fernandez Orico, F. J., “Reforma y modernización de la Seguridad Social”, Aranzadi, 2012; Toscani D., “La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011”, *Aranzadi social*, 2011, 7; Lopez Gandia, J. V. y Toscani, D., *Las claves de la reforma de Seguridad Social*, Editorial el Derecho, 2012; Cavas Martinez, F., Rodriguez Iniesta, G. y Aa.Vv., *La reforma de la Seguridad Social de 2007*, Ediciones Laborum, Murcia, 2007; Boltaina Bosch, X., “La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral: la compleja aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *Cuadernos de Derecho Local* 2010, 23, 92 ss; Blasco Lahoz, J. F., “El acuerdo para la reforma y fortalecimiento del sistema público de pensiones”, *Revista Información Laboral*, Editorial Lex Nova, 2011, 2, 12; Gonzalez Gonzalez, C., “La reforma de la jubilación en el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, 2; Selma Penalva, A., “Posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo”, *Revista de Aranzadi social*, 2013, 2, 65 ss.; Rodriguez Cardo, I. A., *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Editorial Lex Nova, 2013; Tarancon Perez, E., *Prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, 2013.

¹⁵⁷ Dado que tras la Ley 27/2011, los períodos cotizados están fraccionados en meses y años, despreciándose las fracciones de meses y años, ha sido el RD 1716/2012, de 28 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 2012), de desarrollo de la Ley 27/ 2011, el cual ha precisado determinados aspectos relevantes que la Ley 27/2011 no aclaraba, siendo éstos los siguientes:

- 1) De un lado la exigencia de las fracciones de edad que se deberán tener en cuenta a la hora de acceder a la pensión de jubilación el cómputo de los meses se realizará de fecha a fecha a partir de la correspondiente al nacimiento. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes.
- 2) Los períodos de cotización acreditados por los solicitantes de la pensión de jubilación vendrán reflejados en días y, una vez acumulados todos los días computables, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, serán objeto de transformación a años y meses, con las siguientes reglas de equivalencia:
 - a) El año adquiere el valor fijo de 365 días y
 - b) el mes adquiere el valor fijo de 30,41666 días.
- 3) Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o a un mes las fracciones de los mismos.

- Menos de 35 años y 3 meses..... 65 años y 1 mes.
- BR: (192/224).....16 años.
- 2014:
- 35 años y 6 meses o más años.....65 años.
- Menos de 35 años y 6 meses..... 65 años y 2 meses.
- BR: (204/238).....17 años.
- 2015:
- 35 años y 9 meses o más años.....65 años.
- Menos de 35 años y 9 meses..... 65 años y 3 meses.
- BR: (216/252).....18 años.
- 2016:
- 36 o más años.....65 años.
- Menos de 36 años.....65 años y 4 meses.
- BR: (228/266).....19 años.
- 2017:
- 36 años y 3 meses o más..... 65 años.
- Menos de 36 años y 3 meses..... 65 años y 5 meses.
- BR: (240/280).....20 años.
- 2018:
- 36 años y 6 meses o más.....65 años.
- Menos de 36 años y 6 meses.....65 años y 6 meses.
- BR: (252/294).....21 años.
- 2019:
- 36 años y 9 meses o más..... 65 años.
- Menos de 36 años y 9 meses.....65 años y 8 meses.
- BR: (264/308).....22 años.
- 2020:
- 37 o más años..... 65 años.
- Menos de 37 años.....65 años y 10 meses.
- BR: (276/322).....23 años.
- 2021:
- 37 años y 3 meses o más.....65 años.
- Menos de 37 años y 3 meses.....66 años.
- BR: (288/336).....24 años.
- 2022:
- 37 años y 6 meses o más.....65 años.
- Menos de 37 años y 6 meses.....66 años y 2 meses.
- BR: (300/350).....25 años.

2023:

- 37 años y 9 meses o más..... 65 años.
- Menos de 37 años y 9 meses.....66 años y 4 meses.
- BR: (300/350).....25 años.

2024:

- 38 o más años.....65 años.
- Menos de 38 años..... 66 años y 6 meses.
- BR: (300/350).....25 años.

2025:

- 38 años y 3 meses o más.....65 años.
- Menos de 38 años y 3 meses.....66 años y 8 meses.
- BR: (300/350).....25 años.

2026:

- 38 años y 3 meses o más.....65 años.
- Menos de 38 años y 3 meses.....66 años y 10 meses.
- BR: (300/350).....25 años.

2027:

- 38 años y 6 meses o más..... 65 años.
- Menos de 38 años y 6 meses.....67 años.
- BR: (300/350).....25 años.

La posible rebaja en la cuantía de la pensión se produce porque el período mínimo exigible para el acceso a la pensión de jubilación se mantiene en 15 años cotizados, pero al computarse en el cálculo de la base reguladora 25 años determinará que existirán, en su caso, 10 años sin cotizar, lo que determinará, lo que en España, se denomina “lagunas de cotización”, y, consiguientemente, supondrá una rebaja de las pensiones.

En España, cuando se produce las lagunas de cotización determinados trabajadores (sólo trabajadores por cuenta ajena, nunca los trabajadores por cuenta propia¹⁵⁸) tienen derecho a lo que se denomina “la integración de lagunas de cotización” y, es precisamente, donde también ha habido una importante reforma a la baja, en cuanto que antes de la Ley 27/2011, se integraban las lagunas de cotización con el importe de la Base de cotización vigente en el momento de la integración, mientras que tras la Ley 27/2011, la integración será del 100% de la Base de cotización

¹⁵⁸ Vid. un estudio sobre las incidencias de las recientes reformas en materia de Seguridad Social sobre el trabajo por cuenta propia en Pérez Alonso, M^o. A., “La acción protectora en el RGSS y su incidencia en el RETA. Problemas aplicativos”, en *Revista de Aranzadi social*, 2013, 175 ss.

mínima vigente que se produzca durante los 48 meses inmediatamente anteriores al mes previo al de hecho causante; el resto de las lagunas se integra con el 50% de la Base de cotización mínima vigente en el momento de la integración y, ello unido además, al recorte de los denominados “complementos por mínimos” que se han rebajado a la mitad (D.T. 54ª LGSS)¹⁵⁹ hace que la cuantía de la pensión de jubilación se haya visto mermada, con carácter general para todos los trabajadores y, en especial, para los trabajadores con carreras laborales cortas.

1.2. La cuantía de la pensión de jubilación y los porcentajes aplicables a la Base Reguladora

La segunda fórmula ideada para rebajar la cuantía de la pensión de jubilación ha sido modificar los porcentajes aplicables a la base reguladora, con una fórmula bastante compleja y laboriosa, fruto de evitar redondeos al alza y que supone, igualmente, un porcentaje menor.

Así, en cuanto a la cuantía de la pensión de jubilación, la Ley 27/2011 cambia, a la baja, los porcentajes aplicables a la base reguladora, de tal modo que se consigue una menor cuantía de la pensión. Para los primeros 15 años se aplica el 50% y después se incrementan en un porcentaje variable, en función de los meses que se acrediten adicionalmente a partir de los 15 años. Después, por cada mes adicional de cotización, a partir de los 15 años, comprendidos entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19 por 100, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100 cuando se acredite 37 años cotizados y cuya aplicación será en el 2027. Así, la escala de porcentajes será desde 2027 la siguiente:

¹⁵⁹ El R.D. 1716/2012, el complemento por mínimos se percibirá si existe residencia en territorio español y en este sentido se determina que el beneficiario de la pensión tiene su residencia habitual en territorio español siempre que sus estancias en el extranjero sean iguales o inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural, o estén motivadas por causas de enfermedad del beneficiario, debidamente justificadas mediante el correspondiente certificado médico y se pierde si se tiene estancias fuera del territorio español superiores a 90 días. En caso de incumplimiento del requisito de residencia, la pérdida del derecho al complemento por mínimos tendrá efectos a partir del día 1 del mes siguiente a aquel en que se produzca dicha circunstancia. El requisito de residencia en territorio español para tener derecho al complemento para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, se exigirá para aquellas pensiones cuyo hecho causante se produzca a partir del 1 de enero de 2013, con independencia de la legislación aplicable en el reconocimiento de la pensión.

Años de cotización	% Base Reguladora	Años de cotización	% Base Reguladora	Años de cotización	% Base Reguladora
15	50%	23	68,24%	31	86,48%
16	52,28%	24	70,52%	32	88,76%
17	54,56%	25	72,80%	33	91,04%
18	56,84%	26	75,08%	34	93,32%
19	59,12%	27	77,36%	35	95,60%
20	61,40%	28	79,64%	36	97,84%
21	63,68%	29	81,92%	37	100,00%
22	65,96%	30	84,20%		

No obstante, existe una aplicación transitoria de estos porcentajes en la DT 21 LGSS, siendo éstos los siguientes:

- Durante los años 2013 a 2019: por cada mes adicional de cotización a partir del decimosexto año, entre los meses 1 y 163, el 0,21 por 100 y por los 83 meses siguientes, el 0,19 por 100.
- Durante los años 2020 a 2022: por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 por 100 y por los 146 meses siguientes, el 0,19 por 100.
- Durante los años 2023 a 2026: por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 por 100 y por los 209 meses siguientes, el 0,19 por 100.
- A partir del año 2027: por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100 y por los 16 meses siguientes, el 0,18 por 100¹⁶⁰.

Por su parte, el RDL 5/2013, ha realizado ciertos ajustes a la Ley 27/2011, por un lado, retrasando la aplicación de la norma, pues ha ampliado el período por el que se podrá seguir aplicando la normativa anterior a la reforma de la Ley 27/2011

Así, se ha establecido que en los casos en los que se extinga la relación

¹⁶⁰ Toscani Giménez D., *Las claves de la reforma de la Seguridad Social*, El Derecho Grupo Editorial, 2012.

laboral antes del 1-4-2013 y siempre que se produzca la jubilación antes del 1-1-2019 se seguirá aplicando la regulación anterior a la reforma. No obstante, cabe hacer la siguiente observación, el retraso en la aplicación de la nueva normativa sólo afecta a trabajadores por cuenta ajena de la industria o los servicios que hayan visto extinguida su relación laboral antes del 1-4-2013 y que no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social; en tales casos, será posible aplicar la legislación anterior a la Ley 27/2013, en cualquiera de sus modalidades, esto es, jubilación ordinaria y jubilación anticipada (art. 8 del RDL 5/2013)¹⁶¹, en el resto de los trabajadores por cuenta propia y otros colectivos distintos a los anteriores, la aplicación de la Ley 27/2013 resulta aplicable desde 1 de enero de 2013.

2. La jubilación anticipada

Otra de las reformas importantes realizadas en España se ha producido mediante el refuerzo de los requisitos de acceso a las pensiones de jubilación anticipada¹⁶².

La jubilación anticipada antes de la Ley 27/2011, se exigía la edad de 61 años con 30 años cotizados cuya fórmula de acceso estaba supeditado a que el trabajador se quedase en situación legal de desempleo, esto, en todos los supuestos de despido (objetivo, colectivo, improcedentes) o

¹⁶¹ No obstante, también resulta de aplicación la legislación anterior a la Ley 27/2011 en los casos en los que se proceda de una jubilación parcial en la que se haya accedido con anterioridad al 2 de agosto de 2011, así como a las personas incorporadas antes de esta fecha a planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o con posterioridad al 1 de enero de 2013, vid. Disposición Transitoria segunda del RD 1716/2012 (BOE de 31 de diciembre de 2012) que desarrolla la Ley 27/2011; no obstante, esta disposición ha quedado alterada por el art. 8 del RDL 5/2013, al comprender también en la legislación anterior a los que hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad al 1-4-2013, así como a las personas incorporadas antes de dicha fecha (1-4-2013) a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa (debidamente registrados en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o en el Instituto Nacional de la Marina) con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1 de abril de 2013.

¹⁶² En España, se han mantenido sin reforma, otras fórmulas de jubilaciones anticipadas para profesiones especialmente penosas, caso de la Minería del Carbón, Trabajadores del Mar; trabajadores ferroviarios, bomberos, y determinados cuerpos de Policías Trabajadores minusválidos o con reducción de esperanza de vida; Trabajadores del Mutualismo Laboral.

extinción de la relación laboral en las distintas formas, esto es, siempre que el trabajador se encontrase en alguno de los supuestos descritos en el artículo 208 de la LGSS para acceder a la prestación de desempleo. Esta jubilación anticipada llevaba la aplicación de coeficientes reductores por anticipación de la edad, variables, en atención al tiempo cotizado.

Tras la Ley 27/2011 y su reforma realizada por el RDL 5/2013, se ha restringido el acceso a la pensión de jubilación anticipada, exigiendo un mayor período cotizado y aplicando un mayor coeficiente de reducción en la cuantía de la pensión.

Así, se prevén dos vías de acceso, la vía A) recogida en el nuevo artículo 161 bis de la LGSS, referido al cese no voluntario y la modalidad B) recogida en el mismo precepto, referida a la jubilación por cese voluntario.

2.1. Jubilación anticipada por cese no voluntario

En cuanto a la jubilación anticipada por cese no voluntario, se exigen los siguientes requisitos¹⁶³:

1) Tener *cumplido* una edad inferior en 4 años como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación (65/67) o la que corresponda por aplicación de la DT 20ª LGSS, sin que se apliquen coeficientes reductores de edad por peligrosidad, toxicidad o peligrosidad; 2) Estar inscrito en la oficina de empleo 6 meses anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación; 3) Acreditar un período mínimo de cotización de 33 años, sin cómputo de pagas extras. Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos de cotización, sin que se equipare a un período la fracción del mismo (nueva regulación del art. 161 bis.1.2.A, in fine LGSS). Se computa como cotizado el servicio militar o prestación social sustitutoria; 4) Que el cese se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral.

A estos efectos las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

- a) El despido colectivo por causas económicas vía art. 51 del ET;
- b) El despido objetivo, vía art. 52 c) del ET;
- c) La extinción del contrato de trabajo por resolución judicial vía art. 64

¹⁶³ Vid. otras formas de jubilación existentes en España: Pérez Alonso, M^a. A. y Magallón Ortín, M., *Vademécum de la Seguridad Social*, Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013, 93-113.

de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal;

d) La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de la aplicación del art. 44 del ET o extinción de la personalidad jurídica del contratante;

e) La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral.

Destaca la escasez de causas extintivas que permiten el acceso a este tipo de jubilación anticipada y entre las que no se encuentra el despido improcedente que es también una causa de cese no voluntario, ni el despido improcedente reconocido como tal por el empresario, lo que provocará en la práctica que los trabajadores puedan aceptar despidos por la vía del despido objetivo con indemnizaciones de 20 días, como fórmula de acceso a este tipo de jubilación.

Para evitar posibles situaciones de fraude, el RDL 5/2013 ha establecido un mecanismo de control de fraude consistente en que cuando se acceda a la pensión de jubilación anticipada, para las situaciones de las letras a) y b) resulta preciso acreditar el percibo de la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o impugnación de la decisión extintiva.

También, se permite esta modalidad de jubilación anticipada, para los supuestos en los que la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora se produzca como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

En cuanto a los coeficientes reductores antes de la Ley 27/2011 se aplicaban en cálculos anuales, tras las reformas se aplican en cálculos trimestrales, esto es, en función de los trimestres o fracción de trimestres que adelante el trabajador, en cuanto a la edad ordinaria (65/67; o la aplicación transitoria), siendo distintos según el período que se acredite cotizado. Los coeficientes reductores son; del 1,875 % por trimestre con menos de 38 años y 6 meses cotizados; del 1,750% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses; y del 1,625 % por trimestre con 41 años y 6 meses cotizados o más cotizados e inferior a 44 años y 6 meses, 1,500% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o *superior a 44 años y 6 meses*.

Además, de la aplicación de los coeficientes reductores, se ha fijado un nuevo límite tras el RDL 5/2013, consistente en que el resultado de la pensión de jubilación no podrá ser superior a la cifra de reducir un 0,50 % por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación (nuevo art. 163.3 LGSS, tras RDL 5/2013) del tope máximo de la pensión, siendo

ésta para 2013 de 2.548,12 euros/mes (por 14 pagas). Esta reducción sólo afectará, en la práctica, a los que el percibo de su pensión esté situado en topes máximos, pero no para el resto de trabajadores cuya pensión está por debajo de dicha cuantía.

Esta reducción no se aplica ni a los trabajadores del antiguo Mutualismo Laboral (DT 3ª LGSS), ni tampoco a las jubilaciones anticipadas referidas a grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, o se refieran a personas con discapacidad” (art. 5 RDL 5/2013).

2.2. Jubilación anticipada por cese voluntario

Los requisitos de esta jubilación anticipada han sido endurecidos tras el RDL 5/2013, en relación con lo dispuesto en la Ley 27/2011. Así, sólo será posible el acceso a este tipo de pensión de jubilación cuando se acredite, de un lado, 35 años efectivamente cotizados y tener cumplidos una edad inferior en 2 años, como máximo a la edad¹⁶⁴ que, en cada caso, resulte de aplicación (65/67) o la edad que resulte aplicable por la transitoriedad fijada en la DT 20ª de la LGSS, sin que se puedan aplicar los coeficientes de edad del apartado 1º, esto es, los referidos a trabajos peligrosos, tóxicos, insalubres, etc. En definitiva, que la edad de acceso a esta pensión de jubilación debe ser real y no ficticia, como sucede en los casos de jubilaciones de los sectores de especial peligrosidad.

Esta jubilación anticipada por cese voluntario resulta de aplicación también a los trabajadores por cuenta propia.

Para el caso de que sea posible el acceso a esta jubilación por la opción B)¹⁶⁵ será objeto de reducciones aplicando los siguientes coeficientes: 2%

¹⁶⁴ En la redacción original de la Ley 27/2011, se fijaba como edad de acceso los 63 años, en la jubilación por cese voluntario y la edad de 61 años en los casos de cese no voluntario.

¹⁶⁵ En esta modalidad de jubilación anticipada tiene, a su vez, otra limitación en el acceso a la misma, pues no será ha de ser superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada. Este impedimento sólo se prevé para la jubilación anticipada por cese voluntario, pero no por cese no voluntario.

En definitiva, el legislador quiere cerrar, en la medida de lo posible, el acceso a la jubilación anticipada voluntaria. Lo que impide que los trabajadores con ingresos bajos y bajas cotizaciones puedan acceder a este tipo de jubilación anticipada y, sin que se sepa cuál puede ser la salida de estos trabajadores que han cesado en la empresa anticipadamente y que deberán esperar sin cotizaciones (a menos que se suscriba un

por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses; 1,875% con 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses; 1,750% con 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses; 1,625% con 44 años y 6 meses.

3. Las novedades en la compatibilidad de la jubilación ordinaria tras el RDL 5/2013¹⁶⁶

El RDL 5/2013 ha realizado una nueva reordenación de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo cuya regulación resulta de aplicación a todos los regímenes especiales de la Seguridad Social. El problema que plantea la reordenación de esta cuestión es que no se sabe si la modificación que introduce se debe entender como una prolongación del artículo 165 de la LGSS, referido a la Incompatibilidad de la pensión de jubilación o como norma reglamentaria de desarrollo al precepto, pese a que su rango es de Ley, al ser un RDL. Así, el artículo 1º del RDL 5/2013 determina que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 165 de la LGSS, la pensión de jubilación será compatible con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que al pensionistas se le haya abonado el 100% de la BR y se hayan jubilado a la edad ordinaria o la que corresponda por aplicación de la DT 20ª de la LGSS (la transitoria de edad) sin aplicación de bonificaciones ni anticipaciones de edad. En tal caso, la compatibilidad determina que la cuantía de la pensión será del 50% de la pensión de jubilación y no se cobra complementos por mínimos.

De este modo, esta regulación combinada con el propio artículo 165 de la LGSS determina, en consecuencia, que todos los pensionistas que no alcancen estas condiciones se les aplicará el artículo 165 de la LGSS, esto es, que mientras exista trabajo durante el percibo de la pensión se procederá al descuento de toda la pensión (para el caso de que se trate de un trabajo a tiempo completo) o de la parte proporcional que corresponda (de tratarse de un tiempo parcial). Resulta evidente una mejora en la regulación cuando el trabajo lo sea a tiempo completo, si bien no queda claro que mejore la situación cuando se compatibiliza con trabajo a

convenio especial) hasta los 67 años para una jubilación ordinaria, con la consiguiente merma de la pensión contributiva.

¹⁶⁶ Este apartado nº 3, referido a la compatibilidad de la pensión ordinaria, ha sido publicado en su integridad en Pérez Alonso, Mª. A., “La acción protectora en el Régimen General de la Seguridad Social y su incidencia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomo”, *Revista de Aranzadi social*, 2013, 2.

tiempo parcial, salvo que lo sea por jornada superior al 50%, en cuyo caso, el descuento siempre será del 50% con la nueva compatibilidad. Quizás, también mejora a los trabajadores del RETA, los cuales, su trabajo siempre se considera a tiempo completo, pese a las previsiones (a falta de desarrollo reglamentario) de que lo podían hacer a tiempo parcial, en cuyo caso, sin esta reforma el descuento en su pensión era total.

No obstante, esta regulación también puede tener otra lectura mucho más negativa, pues se puede deducir que a la larga las pensiones de jubilación van a ser de escasa cuantía y que no quedará más remedio, pese a estar en la vejez, que el trabajador se vea abocado a acudir, nuevamente, al mercado laboral y esta interpretación se deduce, claramente, de la propia denominación del RDL 5/2013, el cual tiene este extraño nombre “medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”.

4. A modo de reflexión

Las reformas en materia de pensiones resultaba necesaria en España, si bien el largo período de transitoriedad de la Ley 27/2011, de casi año y medio y la aplicación de las legislaciones anteriores a ceses anteriores a 1-4-2013, ha realizado un efecto llamada a muchos trabajadores para acogerse a la pensión de jubilación con la anterior normativa, para evitar los importantes recortes que la Ley 27/2011 supone en el ámbito protector en el sentido indicado. Pero, incluso, la propia Ley 27/2011 y el RDL 5/2013, ha supuesto igualmente, un efecto llamada a la jubilación anticipada por cese voluntario a otros colectivos que, hasta ese momento, estaban excluidos de la misma, caso de los trabajadores por cuenta propia y caso de los funcionarios de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales que están encuadrados como el resto de los trabajadores por cuenta ajena, en el Régimen General y, teniendo en cuenta, las numerosas rebajadas de salarios en los funcionarios o, en su defecto, su congelación salarial, han hecho que éstos se refugien en el acceso a la pensión de jubilación anticipada, como un valor mucho más seguro, que el puesto de trabajo, el cual está en el punto de mira de muchos gobernantes tanto locales, como europeos.

En este sentido, el Comité de Expertos para la nueva reforma en materia de Seguridad Social destaca que cuando estén en funcionamiento completamente, en 2027, las nuevas normas se reducirán las pensiones, comparado con los cálculos anteriores, según el Banco de España, en 5%

menos que antes y, según el Instituto de Actuarios Españoles ese recorte se eleva hasta 25-30% menos.

En suma la reforma era necesaria, pero quizás se debería haber replanteado de otro modo o de otra manera. La lógica de la reforma en materia de pensión de jubilación se encuentra en que se trata de una pensión de larga duración y en la que se busca un equilibrio entre lo cotizado y lo percibido. La actual reforma no ha conseguido este propósito, puesto que, al mantenerse el acceso de la pensión de jubilación con 15 años de cotización mínima y el acceso a los 65 o 67 años y teniendo en cuenta los datos estadísticos sobre la esperanza de vida del Instituto Nacional de Estadística (informe de 20 de mayo de 2013) donde se elabora anualmente, las Proyecciones de Población a Corto Plazo (10 años) que se complementan con las Proyecciones de Población a Largo Plazo (40 años) que se actualizan cada tres años. Estas proyecciones muestran el efecto que sobre la población futura tendría trasladar la estructura poblacional actual bajo los comportamientos demográficos observados en la actualidad. De mantenerse los ritmos actuales de reducción de la incidencia de la mortalidad por edad en la población de España, la esperanza de vida al nacimiento alcanzaría 81,2 años en los varones y 86,5 años en las mujeres en el año 2021. Para el año 2051 estos valores serían 86,8 años para los varones y de 90,8 años para las mujeres.

Por tanto, de mantenerse las tendencias demográficas actuales, la esperanza de vida de los varones aumentaría dos años en el periodo 2011-2021 (10 años) y casi ocho años en el periodo 2011-2051 (40 años). En el caso de las mujeres, los incrementos en esperanza de vida serían ligeramente inferiores, 1,5 años en el periodo 2011-2021 y 6 años en el periodo 2011-2051, dando origen a una disminución en la brecha de género (diferencia entre las esperanzas de vida de mujeres y de hombres) según las proyecciones de población a largo plazo.

En la proyección de la esperanza de vida a los 65 años, en el año 2051 la esperanza de vida de los varones alcanzaría un valor de 24,0 años (esto es, 89 años) y en las mujeres un valor de 27,3 años (92 años), casi seis y cinco años más que en la actualidad.

Es decir que tomando en consideración la proyección de la esperanza de vida, en la práctica supone percibir por encima de lo cotizado entre 5 y 6 años más de pensión de jubilación y, cuyo exceso, repercutirá directamente y, negativamente, sobre el propio Sistema de Seguridad Social, en definitiva sobre en el erario público. Es precisamente, este argumento el que baraja el Comité de Expertos, en su informe de 10 de junio de 2013, sobre la reforma de Seguridad Social para valorar el acceso a la pensión de jubilación en atención a la esperanza de vida del

pensionista, amén de otras reformas que están pendientes como fijar nuevos valores para la actualización de las pensiones, desvinculándolas de valores de actualización, se prevé como objetivo de las revalorizaciones anuales conseguir “*el equilibrio presupuestario a lo largo del ciclo económico*” y para ello, el cálculo de la pensión de los recién jubilados, equilibrando los elementos cíclicos, a la esperanza de vida añadirían los siguientes puntos al cálculo de pensiones: el equilibrio de los ingresos y los gastos del sistema de pensiones, así como de la tasa de dependencia, es decir, los riesgos económicos de la economía; así como los cambios en la tasa de paro laboral, la tasa de actividad y los flujos migratorios; y no menos importantes, así como los cambios en la productividad que se que se manifiestan en los salarios.

Para el año 2052, se pronostica que el número de pensiones de Seguridad Social pasaría de 9 millones actuales a 15 millones.

Con esto, es evidente que el sistema de reparto del sistema de Seguridad Social español, basado en una elevada tasa de desempleo, se quiebra con la nueva crisis generalizada, principalmente en España, Portugal, Grecia e Italia.

Pero, además, conviene añadir que el sistema de Seguridad Social también debería revisar otras prestaciones menos importantes que la propia pensión de jubilación, como las denominadas prestaciones a favor de familiares cuyo acceso se hace sin cumplir, un mínimo período cotizado y cuyo único requisito de acceso reside en haber cuidado por tiempo de dos años a un pensionista de jubilación o de incapacidad permanente, debiendo ser el beneficiario hijo o hija del pensionista, soltero, viuda o divorciado y sin otra pensión pública de Seguridad Social. Estas pensiones, aun siendo residuales, han sido objeto de crítica por todas las Direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social que han instado al Ministerio su abolición, por no responder al principio contributivo, máxime teniendo en cuenta que se puede obtener hasta el 70% de la base reguladora; otra línea de actuación, pudiera ser la reordenación de las prestaciones por desempleo tanto del nivel contributivo como asistencial y rentas activas de inserción exigiendo al desempleado una contrapartida, a modo de contribución solidaria para la comunidad, como se hace en otros países comunitarios; en suma que las reformas son necesarias para alcanzar el nivel de sostenibilidad del sistema, pero cualquier medida resulta de difícil encaje en un contexto de destrucción masiva de empleo.

4. Bibliografía

- Blasco Lahoz, J. F., “El acuerdo para la reforma y fortalecimiento del sistema público de pensiones”, *Revista Información Laboral*, Editorial Lex Nova.
- Cavas Martínez, F. y Rodríguez Iniesta, G., *La reforma de la Seguridad Social de 2007*, Ediciones Laborum, Murcia, 2007.
- González González, C., “La reforma de la jubilación en el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, 2.
- López Gandía, J. V. y Toscani, D., *Las claves de la reforma de Seguridad Social*, Editorial el Derecho, 2012.
- Pérez Alonso, M^a. A., “La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de Seguridad Social”, *Revista de Aranzadi*, 2012, 9.
- Pérez Alonso, M^a. A., *La reciente reforma de la pensión de jubilación en España y su entrada en vigor el 1 de enero de 2013*, inédito.
- Pérez Alonso, M^a. A., “La acción protectora en el Régimen General de la Seguridad Social y su incidencia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Problemas aplicativos”, *Revista de Aranzadi*, 2013, 2.
- Pérez Alonso, M^a. A., *Cuestiones prácticas y divergencias en la pensión de jubilación tras las últimas reformas*, inédito.
- Pérez Alonso, M^a. A y Magallón Ortín, M., *Vademécum de la Seguridad Social*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.
- Rodríguez Cardo, I. A., *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Editorial Lex Nova, 2013.
- Selma Penalva, A., “Posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo”, *Revista de Aranzadi social*, 2013, 2.
- Sempere Navarro, A. V., “Actualización del sistema de Seguridad Social. Una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011”, *Revista AS*, 2011.
- Sempere Navarro, A. V y Fernández Orico, F. J., *Reforma y modernización de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2012.
- Tarancon Pérez, E., *Prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, 2013.
- Tortuero Plaza, J. L., “La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y de modernización”, en *Revista de Aranzadi Social*, 2011, 3.
- Toscani D., “La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011”, *Revista Aranzadi social*, 2011, 7.

Actualidad del teletrabajo en Colombia

Ricardo BARONA BETANCOURT*

RESUMEN: Este artículo analiza la modalidad de contrato laboral denominada “el teletrabajo”, forma de organización laboral que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC – para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. Adicionalmente, revisa las características y condiciones que deben respetarse al momento de desarrollarse el teletrabajo y concluye con la participación de la organizaciones sindicales en la reglamentación sobre la materia.

Palabras clave: Teletrabajo, teletrabajo autónomo, teletrabajo móvil, teletrabajo suplementario, teletrabajador, contrato o vinculación de teletrabajo.

SUMARIO: 1. Orígenes a nivel internacional. 2. Concepto. 3. Finalidades. 4. La voluntariedad. 5. Aspectos especiales en el Sector Privado. 6. Aspectos especiales en el Sector Público. 7. Obligaciones y derechos de las partes en el teletrabajo. 8. Participación de las organizaciones sindicales. 9. Bibliografía.

* Abogado, Especialista en Derecho Laboral, Relaciones Industriales y Seguridad Social, Investigador del Centro de Investigaciones Laborales de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Comité de Redacción de la Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho de Empleo de ADAPT University Press y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

1. Orígenes a nivel internacional

El nacimiento del llamado teletrabajo se remonta a los años sesenta y setenta en los Estados Unidos, cuando con el devenir de los acontecimientos tecnológicos se incorporan en el derecho laboral nuevas figuras. La doctrina señala que en el año 1973, *Jack Nilles* presidente de una firma consultora norteamericana, utilizó el término “*telecommuting*”, para referirse a la sustitución de los desplazamientos al trabajo en razón de las telecomunicaciones.

En 1976 se utiliza la expresión teletrabajo como llevar el “*trabajo al trabajador en vez del trabajador al trabajo*”¹⁶⁷ y en esta década surge como una opción de generación de empleo con gran flexibilidad laboral. En los años ochenta se constituyen como un instrumento de inserción laboral de sujetos marginados de la fuerza de trabajo, como discapacitados y madres cabeza de familia y a partir de los años noventa nace como un mecanismo de descentralización empresarial, que no sólo ha permitido el desarrollo transfronterizo de algunas compañías, sino que ha sido la solución a algunas crisis empresariales¹⁶⁸.

El auge de las telecomunicaciones en los países desarrollados ha ocasionado el florecimiento del teletrabajo y cada día se recurre más a la posibilidad de emplear trabajadores localizados en ubicaciones remotas, lo que permite la reducción de costos operativos como el arrendamiento o compra de inmuebles, compra de mobiliarios, instalación de sistemas de vigilancia, consumo de los servicios públicos, entre muchos otros. De la misma manera, han surgido diversas modalidades del teletrabajo, tales como el trabajo en el domicilio del empleado, *el sistema distribuido* (comunicación telemática entre los diferentes individuos), centro satélite (la empresa sitúa una determinada fase de su actividad en un lugar distinto de la oficina), *teletrabajo móvil* (el teletrabajador se le denomina *nómada* o “*argonauta*” y desarrolla su trabajo sin una colocación precisa), teletrabajo transnacional o “*offshore*” (el empleado se ubica fuera del país en que se encuentre la sociedad matriz), el *telependularismo* (se desarrolla una parte del trabajo dentro de la empresa y la otra parte fuera de sus oficinas), el

¹⁶⁷ Pérez, C., Xalambri, A., *La descentralización empresarial y el derecho del trabajo: El teletrabajo y los problemas que plantea*, Montevideo, Uruguay, 2000.

¹⁶⁸ Rich, M., “Entre las ruinas, las empresas regresan al futuro”, *The Wall Street Journal*, jueves 4 de octubre de 2001. Allí se da cuenta del incremento en el 30% del teletrabajo en las grandes compañías norteamericanas que fueron gravemente afectadas por ataques terroristas del 11 de septiembre de 2002. Por ejemplo, la empresa American Express Co., fue gravemente afectada por la destrucción de sus oficinas en el World Trade Center y acudió al teletrabajo para continuar prestando sus servicios.

teletrabajador on line (esta modalidad utiliza un videoterminal inserto en una red que permite el diálogo interactivo entre el computador central y los terminales externos), entre otras¹⁶⁹.

Según el informe sobre el teletrabajo en Europa “Nuevos métodos de trabajo 1999” de la Dirección General Sociedad de la Información de la Comisión Europea, “esto es sólo la punta del iceberg, en relación con las expectativas de crecimiento de los próximos años”, ya que el teletrabajo “conllevará el cambio más sustancial en las prácticas de trabajo en Europa en mucho tiempo”, un cambio que “afectará a la mayoría de los europeos en algún momento de sus vidas laborales en los próximos cinco a diez años”.

La doctrina ha definido el teletrabajo como “la realización de trabajo a distancia (principalmente en tareas administrativas, aplicaciones de software y ciertas actividades comerciales) utilizando técnicas de la telecomunicación y/o de la informática. Además, es una forma de exteriorizar el trabajo del centro empresarial hacia los lugares en donde se desempeñarán los empleados. Las nuevas tecnologías son el medio o instrumento que hace posible la exteriorización de ciertas actividades que por su naturaleza debían prestarse en las instalaciones de la empresa”¹⁷⁰. Por su parte, D. Xavier Thinault lo define como “una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado a distancia, en gran parte o principalmente, mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación”.

Por su parte, el informe sobre el teletrabajo referido en precedencia sostiene que “el concepto de teletrabajo se refiere más al trabajo con el ordenador a través de la red que al trabajo en casa. Es decir, nada impide el teletrabajo en una oficina. Sin embargo, una de las principales novedades que ha introducido la aparición del teletrabajo en la experiencia cotidiana de los trabajadores es la posibilidad de desarrollar la actividad laboral en su casa, o al menos fuera de lo que hasta ahora conocíamos como oficina. De hecho, la conexión virtual con otros trabajadores de la empresa y con los clientes convierte, en muchos casos, especialmente en empresas del sector servicios, a la oficina en un bien innecesario y prescindible”.

El surgimiento de esta nueva modalidad laboral redefine la concepción clásica de subordinación, en palabras de Javier Thibault “el nuevo modo de organización de la actividad laboral que representa el teletrabajo no elimina la noción misma de subordinación, que toma, si acaso, otra forma, más sutil, más difusa: la subordinación deviene en telesubordinación”. En efecto, el poder de dirección u orientación en esta nueva forma de actividad empresarial, se realiza a distancia y el trabajador es controlado a través de mecanismos informáticos que miden los tiempos de trabajo, sus ausencias, descanso e

¹⁶⁹ Pérez, C., Xalambri, A., *La descentralización empresarial y el derecho del trabajo: El teletrabajo y los problemas que plantea*, Montevideo, Uruguay, 2000.

¹⁷⁰ Pérez de los Cobos, O., “*Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo*”, Valencia, 1990.

incluso sus errores. En este sentido, *“el computador actuará como medio de control sobre la actividad del trabajador y a su vez, como su instrumento de trabajo”*¹⁷¹. Sobre esta nueva dimensión del concepto de subordinación laboral en el marco de las nuevas tecnologías de la información, el Tribunal Supremo español en sentencia del 3 de febrero del 2003 sostuvo *“en el actual sistema productivo, caracterizado por una variedad de prestaciones de servicios, la nota de dependencia no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos etc., sino que se refleja también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios presentados en cada caso”*¹⁷².

El incremento de esta modalidad ha mostrado a su vez, la necesidad de regularizar las condiciones en que se presta, protegiendo al trabajador de posibles abusos o del desconocimiento de sus derechos laborales. Así, en el estudio publicado por el Consejo Económico Social de la Unión Europea se avisa el peligro *“de que esta nueva forma de actividad laboral pueda utilizarse como fórmula encubierta de reducción de plantillas y de trabajo precario y mal pagado que propicia la explotación de las minorías menos favorecidas”*¹⁷³.

Es por ello que en el ámbito internacional se han adoptado medidas encaminadas a garantizar la aplicación de la legislación laboral y a evitar por ejemplo, abusos en las jornadas laborales, sancionar la discriminación entre los teletrabajadores y los empleados convencionales, la defensa a la intimidad del teletrabajador, la garantía del descanso remunerado, entre otras.

Así, en julio de 1997, la Comisión Europea adoptó una serie de recomendaciones sobre el mercado de trabajo en la sociedad de la información. Dichas recomendaciones incluían el compromiso de fomentar el teletrabajo en Europa. En 1998 la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades y la Dirección General de la Sociedad de la Información lanzaron un proyecto piloto que años después dio como resultado la adopción del “Convenio sobre el Teletrabajo”, con la participación de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro

¹⁷¹ Thibault Aranda, X., *“Aspectos jurídicos del teletrabajo”*. Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. n.º.11. Madrid. 1998.

¹⁷² STS Madrid 3 de febrero de 2003 [R. 5220/2002].

¹⁷³ El estudio fue realizado por el Profesor Xavier Thibault, en su estudio *El Teletrabajo*, publicado por el Consejo Económico Social de la Unión Europea.

Europeo de la Empresa Pública (CEEP). El Acuerdo establece un marco general que busca hacer compatibles tanto las necesidades de flexibilidad propias del teletrabajo como la protección de los derechos de los trabajadores, razón por cual extiende expresamente las mismas garantías de los empleados convencionales. En el Acuerdo se define el teletrabajo como “*una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales*”. Entre las medidas adoptadas por el Convenio se encuentran la obligación de dar al trabajador los mismos derechos que a sus similares se ofrecen en la empresa física, corresponde al empresario adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales, debe respetar la vida privada del teletrabajador, así, si existe un medio de vigilancia, deberá ser proporcionado al objetivo e introducirse con arreglo al derecho a la intimidad, el empleador deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo, el patrono es responsable de la seguridad social y la seguridad profesional, la carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, los teletrabajadores deben tener el mismo acceso a la formación y a las posibilidades de carrera profesional que trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que los demás trabajadores, entre otras medidas.

En el ámbito latinoamericano, el Código de Trabajo Chileno fue revisado en el 2001 y su artículo 22 fue modificado para dar cabida a la situación de los teletrabajadores (Ley 19.759 del 01/12/2001). A estos trabajadores se les reconoce los mismos derechos laborales que a los demás¹⁷⁴.

2. Concepto

La Ley 1221 de 2008 establece una nueva modalidad de contrato laboral denominada “*el teletrabajo*”, como un instrumento para la generación de empleo. El artículo 2 de la mencionada Ley define el teletrabajo como una forma de organización laboral “*que consiste en el desempeño de actividades*

¹⁷⁴ Sentencia C-337 del 4 de mayo de 2011 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo". En sentido similar, el artículo 2 del decreto 884 de 2012 define el teletrabajo como una forma de organización laboral, que se efectúa en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC – para el contacto entre el trabajador y empleador sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

A su vez, la Ley 1221 de 2008 precisa que el teletrabajador es la "*Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios*". Es decir, es la persona que en el marco de la relación laboral dependiente, utiliza las tecnologías de la información y comunicación como medio o fin para realizar su actividad laboral fuera del local del empleador, en cualquiera de las formas definidas por la ley¹⁷⁵.

Esta misma disposición regula el ejercicio del teletrabajo a través de tres modalidades:

- a) Los autónomos: son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones.
- b) Los Móviles: son trabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuya herramienta de trabajo son las tecnologías de la información y la comunicación en dispositivos móviles.
- c) Los suplementarios: son aquellos que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo en una oficina¹⁷⁶.

3. Finalidades

El Gobierno Nacional y el Congreso de la República han planteado las siguientes finalidades del teletrabajo:

- a) Crear herramientas para promocionar e impulsar este tipo de contratación, ordenando la implementación de una política pública del

¹⁷⁵ Artículo 2 del decreto 884 de 2012.

¹⁷⁶ Sentencia C-351 del 19 de junio de 2013 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

fomento al teletrabajo y creando la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo, pero, con la participación de las organizaciones sindicales¹⁷⁷. Sin embargo, esta política dará prelación a las personas en situación de discapacidad, población en situación de desplazamiento forzado, población en situación de aislamiento geográfico, mujeres cabeza de hogar, población en reclusión, personas con amenaza de su vida, etc.

b) Es un mecanismo para hacer frente a los altos índices de desempleo, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Es decir, se plantea una nueva modalidad para generar empleo.

c) Poner al servicio de la comunidad el gran avance que han tenido la tecnología de la información y las comunicaciones, generando a través de ellas nuevos empleos, incrementando la productividad y la competitividad de las empresas, ofreciendo nuevas formas de empleo a personas con alguna discapacidad y padres o madres cabezas de familia.

d) Se busca una nueva forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, que puede ser realizado igualmente en los locales de las empresas o fuera de estos de forma regular.

e) El empresario es responsable de tomar las medidas que se imponen, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales. Por su parte, el teletrabajador cuidará los equipamientos que le han confiado; no recogerá, ni difundirá material ilícito vía Internet.

f) Los teletrabajadores deben recibir la formación adecuada para utilizar el equipo técnico a su disposición y sobre las características de esta forma de organización de trabajo, además, de la persona que ocupará el cargo de supervisor de los teletrabajadores y sus colegas directos pueden necesitar dicha formación para llevar a cabo esta forma de trabajo y su gestión¹⁷⁸.

4. La voluntariedad

Uno de los primeros pasos para implementar el teletrabajo en una empresa o entidad pública, es la socialización de esta modalidad laboral a

¹⁷⁷ Parágrafo del artículo 3 de la ley 1221 de 2008. Artículo declarado “exequible”, siempre y cuando se entienda que las organizaciones sindicales hacen parte de aquellas entidades que acompañarán al Ministerio del Trabajo en su misión de diseñar la política pública de fomento al teletrabajo, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-351-13 de 19 de junio de 2013, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁷⁸ Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley número 170 de 2006 Senado, 136 de 2007, Cámara. Gaceta No. 85 de 2008.

sus trabajadores, de una manera objetiva, exponiendo sus principales características, elementos, ventajas y desventajas.

La voluntariedad es un elemento indispensable y un principio básico para que el teletrabajo funcione. El empleador puede proponer esta modalidad al trabajador, y este último puede aceptar o rechazar tal solicitud. El empleado puede proponer esta modalidad al empleador y a su vez, él puede aceptar o no. En ambos casos, no se estará vulnerando ningún derecho, o por lo contrario no se estará incumpliendo ninguna obligación. Es importante que esta voluntariedad, en el caso del empleado no sea inducida por el empleador. Debe ser un acto libre del empleado el querer optar por el teletrabajo. Las empresas que tienen un programa de teletrabajo ya constituido, pueden optar por tener un formato de solicitud en la incorporación de esta modalidad laboral, o el empleado puede comunicárselo a su jefe inmediato. Será de acuerdo al protocolo que maneje la organización para esta modalidad¹⁷⁹.

Finalmente, como la vinculación a través del teletrabajo es voluntaria, los trabajadores que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar en cualquier momento, volver a la actividad laboral convencional¹⁸⁰.

5. Aspectos especiales en el Sector Privado

En primer lugar, en el sector privado el acuerdo de teletrabajo o contrato de trabajo en la modalidad de teletrabajo debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Se realiza por escrito y se extiende en tantos ejemplares cuantos sean los interesados, destinándose uno para cada uno de ellos.
- b) Debe contener necesariamente, fuera de las cláusulas que las partes acuerden libremente, las siguientes: la identificación y domicilio de las partes; el lugar y la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestar el servicio; la naturaleza del trabajo; la cuantía de la remuneración, su forma y periodos de pago; la estimación de su valor, en caso de que haya suministros de habitación y alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación.
- c) Indicar las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de

¹⁷⁹ Guía jurídica para la implementación del teletrabajo del Ministerio del Trabajo.

¹⁸⁰ Artículo 6 de la ley 1221 de 2008.

ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio.

d) Determinar los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal.

e) Definir las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y fijar el procedimiento de la entrega por parte del teletrabajador al momento de finalizar la modalidad de teletrabajo.

f) Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el teletrabajador¹⁸¹.

Adicionalmente, el empleador debe incluir en el reglamento interno de trabajo, lo relacionado con el adecuado uso de equipos, programas y manejo de la información, con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral. El empleador debe informar al teletrabajador sobre las restricciones de uso de equipos y programas informáticos, la legislación vigente en materia de protección de datos personales, propiedad intelectual, seguridad de la información y en general las sanciones que puede acarrear por su incumplimiento¹⁸².

Igualmente, adicionalmente, podemos indicar que en caso de contratar o vincular por primera vez a un teletrabajador, este no podrá exigir posteriormente realizar su trabajo en las instalaciones del empleador, a no ser que las partes de común acuerdo modifiquen lo inicialmente pactado y en dado caso dejaría de ser teletrabajador.

Finalmente, si previamente existe un contrato de trabajo o vinculación laboral y las partes de común acuerdo optan por el teletrabajo, el acuerdo que firmen deberá contener los elementos descritos en el presente artículo y será anexado al contrato de trabajo o a la hoja de vida del empleado¹⁸³.

6. Aspectos especiales en el Sector Público

En primer lugar, en el sector público para ejecutar el teletrabajo deben cumplirse con las disposiciones vigentes que rigen las relaciones con los servidores públicos.

Adicionalmente, las entidades deberán adaptar los manuales de funciones

¹⁸¹ Artículo 3 del decreto 884 de 2012.

¹⁸² Artículo 5 del decreto 884 de 2012.

¹⁸³ Parágrafo del Artículo 3 del decreto 884 de 2012.

y competencias laborales, con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral¹⁸⁴. Al respecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública, es la entidad encargada de dar lineamientos a las entidades públicas, sobre la adecuación del manual de funciones y competencias laborales, así como los requisitos mínimos que las entidades públicas deben tener en cuenta la momento de implementar el Teletrabajo, como forma de organización laboral.

A partir de lo anterior, para que un funcionario pueda desempeñarse como teletrabajador, será necesario que cuente con las competencias laborales del teletrabajo en el rol genérico. Estas son:

- a) Organización del trabajo a distancia. Está conformada por: establecer el espacio de trabajo y los recursos logísticos, establecer los procedimientos de organización del trabajo y cumplir las normativas de salud y seguridad.
- b) Gestión recursos humanos a distancia. Hacen parte de la misma: gestionar a distancia el capital humano, identificar las necesidades de formación y planificar su implementación, y llevar a cabo la gestión administrativa de los recursos humanos.
- c) Dirección a distancia a través de las TIC. Conformada por: gestionar las actividades de equipos de teletrabajadores, gestionar proyectos a distancia y liderar equipos.
- d) Uso eficiente de las TIC. Hace referencia a: garantizar la seguridad y proteger el espacio de trabajo virtual compartido, ocuparse del mantenimiento y de la actualización del espacio de trabajo virtual, utilizar programas informáticos de comunicación y de ofimática y transferir el conocimiento de TIC.
- e) Comunicación eficiente a distancia. Incluye lo siguiente: seleccionar los métodos y herramientas de comunicación adecuados, gestionar la comunicación a distancia y gestionar y comunicar información, y trabajar en un entorno multicultural¹⁸⁵.

7. Obligaciones y derechos de las partes en el teletrabajo

En la actualidad se observan los siguientes derechos y obligaciones entre la empresa y teletrabajador.

En materia de jornada de trabajo, tenemos las siguientes reglas:

- a) Al teletrabajador no le son aplicables las disposiciones sobre jornada de

¹⁸⁴ Artículo 6 del decreto 884 de 2012.

¹⁸⁵ Guía jurídica para la implementación del teletrabajo del Ministerio del Trabajo.

trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante la anterior, el Ministerio del Trabajo deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo.

b) Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral más de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado¹⁸⁶.

En materia de salario encontramos lo siguiente:

a) El salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleador.

b) En los casos en los que el empleador utilice solamente teletrabajadores, para fijar el importe del salario deberá tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad.

c) Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.

d) Si el teletrabajador no recibe los paquetes de información para que realice sus labores, o los programas para desempeñar su función, o no son arreglados a pesar de haberlo advertido no podrá dejar de reconocérsele el salario que tiene derecho. Cuando el lugar de trabajo sea suministrado por el empleador y no puede realizar la prestación debido a un corte en las líneas telefónicas o en el flujo eléctrico su labor debe ser retribuida. El trabajador que se desempeñe en la modalidad de móvil, no puede alegar estos imprevistos.

En materia de la asignación de tareas debe hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural.

En materia de igualdad de trato observamos lo siguiente:

a) El empleador debe promover la igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación, acceso a mejores oportunidades laborales y demás derechos fundamentales laborales, entre teletrabajadores y demás trabajadores de la empresa privada o entidad pública¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Artículo 6 de la ley 1221 de 2008.

¹⁸⁷ Artículo 4 del decreto 884 de 2012.

- b) Debe garantizarse el derecho de los teletrabajadores a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades.
- c) Proteger contra la discriminación en el empleo.

En materia de maternidad las teletrabajadoras tendrán derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

En materia de seguridad social tenemos:

- a) Se protegen las pensiones, salud, riesgos laborales y subsidio familiar, de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales¹⁸⁸.
- b) El empleador, debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional, así mismo debe contar con una red de atención de urgencias en caso de presentarse un accidente o enfermedad del teletrabajador cuando esté trabajando.
- c) Determinar los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal.

Finalmente, los empleadores deberán proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos de los teletrabajadores, conexiones, programas, valor de la energía, desplazamientos ordenados por él, necesarios para desempeñar sus funciones. Los elementos y medios suministrados no podrán ser usados por persona distinta al teletrabajador, quien al final del contrato deberá restituir los objetos entregados para la ejecución del mismo, en buen estado, salvo el deterioro natural.

8. Participación de las organizaciones sindicales

La Corte Constitucional ha definido de forma expresa la necesidad de la participación democrática de los trabajadores o sindicatos en la construcción de la política pública del teletrabajo, por lo siguiente:

En primer lugar, cabe señalar que en el derecho laboral una de las principales manifestaciones de la democracia constitucional ha sido el reconocimiento de la autonomía colectiva y de las formas colectivas de

¹⁸⁸ El Artículo 6 numeral 6 literal c) de la ley 1221 de 2008 declarado “condicionalmente exequible”, *siempre y cuando se entienda que la protección en materia de seguridad social a favor de los teletrabajadores, también incluye el sistema de subsidio familiar, de conformidad con la ley*, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-337 de 4 mayo 2011, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

autotutela que permiten compensar la disparidad de la fuerza contractual existente entre los empleadores y los trabajadores¹⁸⁹. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que “*La participación de todas las personas interesadas en el resultado de un proceso de toma de decisiones, es tal vez el más importante de los "principios democráticos" a que se refiere el artículo 39 de nuestra Constitución. Siendo el sindicato el foro de discusión y decisión por excelencia de asuntos determinantes para el desarrollo de las relaciones entre empleador y empleados, forzoso es concluir que el respeto a la posibilidad de participar en él es un límite del fuero interno otorgado por el ordenamiento Jurídico a los sindicatos*”¹⁹⁰ En conclusión, los sindicatos representan los intereses de la comunidad de los trabajadores, con arreglo a las funciones generales que le son propias.

En segundo lugar, en virtud del derecho de asociación sindical, por ser fundamental para el desarrollo del contenido democrático del Estado Social de Derecho, por ser pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas, que reconoce y protege unas libertades básicas, si se repara que la libertad de asociarse en sindicatos no es otra cosa que la proyección de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, y de reunión, las cuales conducen a afirmar el derecho de participación en la toma de decisiones relativas a los intereses comunes de los asociados, que constituye el punto de partida para la participación política¹⁹¹.

De lo anterior se concluye entonces que existe una importante función de representación de las organizaciones sindicales frente a los intereses de los trabajadores. Por lo tanto, la inclusión de las organizaciones sindicales dentro de la formulación de la política pública de fomento al teletrabajo encuentra sustento en normas constitucionales. Ello además ha sido reconocido expresamente por esta Corporación, que recientemente en la sentencia C-1053 de 2012¹⁹², dispuso la participación de asociaciones de sindicatos de pensionados en la conformación de Consejos Directivos.

9. Bibliografía

Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011.

Pérez de los Cobos, O., *Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo*, Valencia, 1990.

¹⁸⁹ Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, 238.

¹⁹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-173 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-080 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁹² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub.

Pérez, C., Xalambri, A., “*La descentralización empresarial y el derecho del trabajo: El teletrabajo y los problemas que plantea*”, FCU Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2000.

Rich, M., *The Wall Street Journal*, jueves 4 de octubre de 2001.

Thibault Aranda, X., “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, 11.

STS Madrid 3 de febrero de 2003 [R. 5220/2002].

Sentencia C-337 del 4 de mayo de 2011 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-351 del 19 de junio de 2013 de la Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

**“Violencia de Género y Derecho del Trabajo.
Estudios actuales sobre puntos críticos”,
Volumen dirigido por Lourdes
Mella Méndez. *Una reseña***

La obra comentada, dirigida por la Profesora Titular (Acreditada a Cátedra) de la Universidad de Santiago de Compostela, Lourdes Mella Méndez, tiene especial interés debido a que el tema objeto de estudio, la violencia de género, representa uno de los grandes problemas de la sociedad actual, pues, poco a poco, ha pasado a considerarse una lacra que afecta al interés general, y no solo a la esfera privada de la mujer y su agresor. El Derecho del Trabajo no puede permanecer ajeno a esta realidad y, por ello, era necesario tomar medidas para atender a la situación de la mujer trabajadora víctima de violencia de género. Esta labor se ha llevado a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG), que otorga amparo a la mujer maltratada para que pueda conservar su puesto de trabajo o conseguir uno, alcanzando, de esta manera, una mayor independencia.

El volumen objeto de esta reseña se divide en veintidós capítulos elaborados por diferentes autores, la mayoría de ellos procedentes de las tres universidades gallegas, pero también de otras universidades españolas e, incluso, del extranjero. Esta pluralidad de participantes dota a la obra de un carácter más amplio y exhaustivo, ya que contiene diferentes enfoques, incluido el internacional. También intervienen magistrados de diferentes tribunales, quienes aportan una visión práctica.

La obra se puede dividir en siete bloques temáticos diferenciados. El primero de ellos está compuesto por los seis primeros capítulos y tiene un carácter más general. En este bloque inicial, se tratan diferentes aspectos que sirven para introducir al lector en materia y exponer el panorama existente en relación a la violencia de género.

El primer capítulo, elaborado por la profesora Tatsiana Ushakova de la Universidad Pública de Belarús (Minsk), contiene una aproximación al concepto de violencia de género desde la perspectiva del Derecho internacional público, como no puede ser de otra forma, pues las primeras definiciones de este fenómeno aparecen en documentos de la ONU relacionados con la violencia sobre la mujer.

El capítulo segundo, rubricado “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del trabajo”, es obra del Catedrático de la Universidad de Vigo, Jaime Cabeza Pereiro. El autor pone de manifiesto los efectos negativos que provoca la violencia de género en la relación contractual de la víctima, dando lugar a una espiral desprofesionalizadora. Los capítulos tercero y cuarto analizan dos manifestaciones de la violencia de género en el ámbito de la relación de trabajo, como son el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Por su parte, el capítulo siguiente, denominado “La política autonómica gallega sobre violencia de género: perspectiva laboral”, es realizado por la Directora de la obra y en él se estudia la regulación de esta figura en las distintas Comunidades Autónomas, con especial atención a la gallega.

Este primer núcleo temático se cierra con la contribución de la Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela, Raquel Castillejo Manzanares, que aporta una visión procesal analizando la acreditación de la situación de violencia de género en el proceso judicial.

El siguiente bloque abarca de los capítulos siete al trece y en ellos se exponen, de manera detallada, las distintas medidas de protección de la víctima de la LOVG desarrolladas en el Estatuto de los trabajadores. El primero de los capítulos de esta parte es elaborado, nuevamente, por la Directora del volumen y versa sobre el Programa de inserción sociolaboral para mujeres afectadas por la violencia de género. En el capítulo octavo, la profesora de la Universidad de Vigo, Nora Martínez Yáñez, analiza una de las opciones que tiene la agredida: reducir y reordenar el tiempo de trabajo, es decir, cambiar la distribución de su jornada laboral cuando sea necesario para garantizar su protección. Esto supone la disminución proporcional de su salario pero no la convierte en una trabajadora a tiempo parcial.

La víctima también puede optar por la movilidad geográfica, que, en este caso, se produce a instancia de la trabajadora y no del empresario, lo que la convierte en una figura atípica. El análisis de esta opción es el objeto del capítulo noveno, elaborado por la profesora Edurne Terradillos Ormaetxea de la Universidad del País Vasco. El capítulo siguiente versa sobre la suspensión contractual de la trabajadora que sufre de violencia de género. En efecto, la víctima tiene la posibilidad de suspender de manera

voluntaria su contrato de trabajo durante un período inicial de seis meses, con posible prórroga y derecho a la reserva de su puesto. El tratamiento de este tema le corresponde al Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y Doctor en Derecho por la Universidad de A Coruña, Juan Fernando de Castro Mejuto.

Otra de las alternativas que se conceden a este colectivo de mujeres consiste en que las faltas de asistencia al trabajo o de puntualidad se consideran justificadas. De esta manera, no computan a efectos de un despido disciplinario u objetivo, ya que la situación de violencia constituye un hecho independiente de la voluntad de la víctima. El tratamiento de esta posibilidad se realiza en el capítulo once, de la mano de la profesora de la Universidad de Vigo, Emma Rodríguez Rodríguez.

Por último, el capítulo trece se centra en la extinción contractual, la más radical de las posibilidades. La profesora de la Universidad de Vigo, Belén Fernández Docampo, presenta las dos medidas protectoras en esta materia: por un lado, se declara nulo el despido disciplinario de una trabajadora víctima de violencia machista cuando este responda únicamente al ejercicio de sus derechos como tal y, por otro, se permite que la mujer maltratada extinga el contrato de trabajo de manera voluntaria conservando el derecho a la protección por desempleo. El análisis de la naturaleza jurídica de la última de las medidas se lleva a cabo de manera más pormenorizada en el capítulo catorce.

La tercera parte del libro tiene por objeto el tratamiento de la violencia de género en el ámbito de la negociación colectiva. En el capítulo catorce, la profesora de la Universidad de Santiago de Compostela, Consuelo Ferreiro Regueiro, lleva a cabo un estudio de los convenios colectivos ordinarios, tanto de sector como de empresa, analizando la repercusión de la LOVG en los mismos, así como las medidas novedosas que introducen. A continuación, en el capítulo quince, el profesor Juan Carlos García Quiñones de la Universidad Complutense de Madrid, se encarga de examinar los planes de igualdad poniendo de manifiesto la problemática que presenta la inclusión de la violencia de género en los mismos.

Seguidamente, los capítulos dieciséis y diecisiete atienden a la particular situación de determinados colectivos de víctimas, como son las trabajadoras autónomas y las extranjeras en situación administrativa irregular.

El quinto bloque temático se refiere a la protección de las víctimas de violencia de género por parte de la Seguridad Social. Los tres capítulos que lo conforman analizan las distintas prestaciones a las que pueden acceder estas mujeres, como ayudas sociales, prestación por desempleo y pensión de viudedad, entre otras, poniendo especial atención en sus

particularidades.

La sexta unidad temática contiene un único capítulo, en el que la profesora de la Universidad de A Coruña y Jueza sustituta, Lara M. Munín Sánchez, examina el tratamiento de la víctima de violencia de género en la Ley reguladora de la jurisdicción social y profundiza en los distintos cauces procesales existentes en el ordenamiento jurídico español para poner en práctica las medidas de protección.

El volumen concluye con una visión comparada respecto de la situación existente en Portugal, realizada por Alicia Villalba Sánchez, becaria FPU de la Universidad de Santiago de Compostela.

La valoración que debe hacerse de esta obra es, sin duda, positiva, ya que se trata de un estudio riguroso de un tema de gran actualidad en el que están en juego la vida de muchas mujeres. El análisis de la repercusión de la violencia de género en el contrato de trabajo es muy importante debido a que la regulación española en la materia es novedosa, por lo tanto, la lectura del volumen resulta, asimismo, interesante desde el punto de vista del Derecho comparado.

Silvia Fernández Martínez*

* Becaria de colaboración del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

La rete che lavora. Mestieri e professioni nell'era digitale, por Ivana Pais

Una reseña

“La comparación entre la norma social y la norma jurídica es el punto de partida fundamental para la observación de los cambios en nuestra sociedad”. Esta es la premisa básica del libro de Ivana Pais, *La rete che lavora. Mestieri e professioni nell'era digitale*, publicado por Egea en el 2012, con un prefacio escrito por Tiziano Treu. En realidad, un libro sobre un tema como este, que por su naturaleza está en constante cambio, no podría nunca decirse concluido.

El libro comienza con algunos datos para enmarcar la cuestión y para razonar sobre el porqué de la difusión y transformación de algunos fenómenos sociales. Los datos de *Eurostat* de 2012, que comparan la población activa en Italia respecto a la media europea – con referencia al nivel de utilización de internet, al nivel de utilización de las redes sociales, a la búsqueda de información de bienes y servicios, a los contenidos de creación propia, a la información, al *internet banking*, a la venta y compra de bienes y servicios, a la búsqueda de empleo, a la formación y a las consultas en línea y a las relaciones con la Administración pública – dan cuenta de un notable retraso de Italia respecto a Europa.

Se señala en el libro como la primera revolución traída por las redes sociales ha sido la de hacer “identidad” en el uso de la red. Tan solo en el 2011, era inimaginable presentarse en red con el propio nombre y apellido, ya que el uso del seudónimo y el uso del anonimato eran la regla. A veces, incluso, el *nickname* podía variar dependiendo del estado de ánimo. La llegada de *Facebook* ha dado lugar a un cambio radical de esta tendencia, como se desprende claramente de las palabras de su fundador, Mark Zuckerberg: “Tenemos una sola identidad. La distinción entre la imagen que mostramos a los compañeros y aquella que mostramos a otras personas que conocemos probablemente caerá pronto”. Hoy, entonces,

cuando se utilizan las redes sociales, se hace con la propia identidad, llevando a la red los roles sociales que se tienen cuando se está desconectados, si bien pudiendo individuar modos diversos de relacionarse con la red.

Después se aborda el tema de la privacidad, que es fundamental sobre todo en consideración de las peculiares características de las redes sociales: las comunicaciones en línea vienen registradas y archivadas automáticamente (permanencia); los contenidos digitales pueden ser replicados (replicación); los contenidos se pueden transmitir en modo viral (escalabilidad); los contenidos son accesibles a través de una búsqueda en línea (investigación). Como de hecho ha afirmado el ex Garante de la Privacidad, el Prof. Francesco Pizzetti, las redes sociales son herramientas potenciales de “difusión”, que es algo diferente de la “comunicación”, término que se refiere al concepto de accesibilidad para las personas, por cuanto numerosas, identificables, mientras que la primera se refiere a un número indeterminado e indeterminable de personas. Por lo tanto, además de poder establecer políticas para la protección de la privacidad, la retransmisión de los contenidos por otras personas siempre es posible. Reportando también una reflexión de Helen Nissenbaum, que habla de la “integridad contextual”, la privacidad no estaría vinculada a la información en sí misma, sino al contexto en el que se hace pública.

Cuales son, entonces, las repercusiones de estos argumentos sobre la relación de trabajo y sobre los límites entre el tiempo de vida y el tiempo de trabajo? El tener siempre a mano un computador o un *smartphone* permite ahora, por un lado, mientras se está en el trabajo, de tener comunicaciones privadas también con amigos, familiares, etc., y por otro – la situación más frecuente – mientras se está en casa o por lo menos fuera de la oficina, de llevar a cabo el propio trabajo. Los límites, por lo tanto, están completamente caídos, y el verdadero problema es que las reglas y las formas de control no están tomando en cuenta este cambio. El trabajo impregna cada momento de nuestra vida y el nudo central es entonces el gobierno de los tiempos: se trata de una cuestión, por un lado, individual, relacionada a la gestión del propio tiempo y de las propias relaciones y, por otro, de organización empresarial.

Otra cuestión central que viene afrontada con referencia al análisis de las nuevas formas de trabajo es aquella del papel de la reputación, que puede definirse como el reconocimiento recibido dentro de una red. Es diferente del prestigio, de la estima, de la confianza, y de la influencia. En cualquier contexto de trabajo, la reputación es importante, pero más aún en la red, al verificarse, a veces, de las situaciones a los límites de la patología: a partir de entrevistas efectuadas por la actora, ha surgido como algunas

personas supervisan continuamente el propio valor *Klout* (aplicación en línea que cuantifica con un valor numérico la propia “influencia” en la red, entendiendo como grado de actividad y de reacción de los demás a las propias acciones), tal vez, también a causa de quien provoca esta “patología”, como por ejemplo, algunos reclutadores que seleccionan el personal para determinadas profesiones incluso metiendo en los anuncios, entre los requisitos, un *Klout* mínimo para poder desarrollar ese trabajo en particular. El campo del reclutamiento y de la selección es de hecho uno de los más interesantes también en relación con el aspecto de la privacidad. Según una investigación desarrollada con *Adecco* de 13.000 candidatos, entre los cuales cerca de 500 seleccionadores del personal, por ejemplo, se ha encontrado que el 5% de los seleccionadores entrevistados dijo que había pedido al candidato de acceder a su perfil *Facebook* para una evaluación de los contenidos publicados por el candidato. El 1% de los candidatos informó de haber aceptado, dada las condiciones de desventaja en la cual se encuentra en ese momento. Eventos similares, tienen implicaciones con el incumplimiento de la norma no sólo legal, sino también social.

De gran interés es, finalmente, el aspecto de la transición de la “acción colectiva” a la “acción conectiva”, que significa estudiar los mecanismos de pertenencia no más a los grupos, sino más bien a las redes. Este es un argumento estrictamente relacionado al tema de la representación sindical: si se estudiase, de hecho, también las relaciones industriales y sindicales metiendo los anteojos de las acciones conectivas en lugar de las acciones colectivas se tendría la oportunidad de ver unas dinámicas que al momento escapan. Los sindicatos, por ejemplo, continuamente se quejan de cómo los trabajadores están dispersos, y de la consiguiente dificultad de mantener el contacto con ellos y las relaciones directas. Tal vez, los sindicatos, se olvidaban que existe un lugar en el que todos los trabajadores están presentes: este lugar es *Facebook*, que, si se utiliza bien, podría representar para el sindicalista una “varita mágica” capaz de reunir a los trabajadores dispersos. Sin embargo, el único que falta en *Facebook* es el sindicato, y las pocas experiencias que se producen son marginales y sobre todo desde una óptica de marketing, y no de representación.

Lavinia Serrani*

* Estudiante de la Escuela Internacional de Doctorado en Formación de la persona y mercado de trabajo ADAPT – CQIA de la Universidad de Bérgamo (Italia). Colaboradora ADAPT.

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 Centro de Estudios Marco Biagi, 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