

# TRIPALIUM

Justicia Social y Trabajo Decente

e-revista

VOL. III, NUM. 1 – 2021 | [www.tripaliumsite.wordpress.com](http://www.tripaliumsite.wordpress.com) | @tripaliumsite

## Contenido

<b>De cómo escapar del “Día de la Marmota” aprendiendo del cuento del lobo: una visión universal del derecho del trabajo y sus respuestas a la crisis del COVID-19</b>	
David Lantarón Barquín.....	3
<b>La formación profesional como acción promotora de la libertad sindical</b>	
Daniela García Martínez.....	40
<b>Acuerdo marco de los interlocutores sociales europeos sobre la digitalización (traducción al castellano del acuerdo de junio 2020)</b>	
Rodrigo Palomo Vélez y Fernanda Salazar Vélez.....	57
<b>El difícil papel de la mujer en el empleo en el siglo XXI: una mirada necesaria antes, durante y después de la COVID-19</b>	
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado.....	74
<b>Hacia la utopía de los derechos básicos de un nuevo estatuto protector de las personas trabajadoras en una etapa postpandémica</b>	
María Gema Quintero Lima.....	106
<b>Tutela judicial efectiva de derechos fundamentales de los trabajadores: un tema pendiente en Uruguay</b>	
Andrea Rodríguez Yaben.....	140
<b>Informe: COVID-19: una oportunidad para una recuperación verde y justa en América Latina y el Caribe</b>	
José Antonio Iglesias Cáceres.....	161

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la e-revista T R I P A L I U M las comparta.

**B**ienvenidos a e-revista T R I P A L I U M, una publicación digital cuatrimestral sobre temas de Derecho Laboral, Relaciones Laborales y Seguridad Social. En ella sus lectores encontrarán artículos de los más prestigiosos docentes y expertos sobre diversas materias relacionadas al mundo del trabajo.

A su vez, podrán acceder a una cuidadosa selección de informes nacionales e internacionales, comentarios y análisis de sentencias judiciales y administrativas, de sumo interés para los laboristas, así como también, consultar las últimas novedades normativas.

La e-revista T R I P A L I U M pretende ser una voz más en el universo del laborismo, con el propósito de contribuir de esta forma, mediante el estudio, la reflexión y la acción fecunda, a construir un mundo con más Justicia Social y más Trabajo Decente.

Gracias por acompañarnos.

*“Nuestra vocación por el Derecho del Trabajo nace de lo más hondo de nuestras convicciones juslaboristas y busca en cada paso confrontar la utopía con la realidad para algún día poder alcanzarla”.*

Directores: Dr. José A. Iglesias Cáceres / Dra. Nataly Rodríguez Bessio

Copyright © 2021 e-revista T R I P A L I U M

# **DE CÓMO ESCAPAR DEL “DÍA DE LA MARMOTA” APRENDIENDO DEL CUENTO DEL LOBO: UNA VISIÓN UNIVERSAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SUS RESPUESTAS A LA CRISIS DEL COVID-19**

DAVID LANTARÓN BARQUÍN\*.

Sumario:

1. La “pan-crisis” del COVID-19: tragedia y oportunidad de cambio.
  - 1.1. Declaración de intenciones.
  - 1.2. COVID-19: una poliédrica realidad.
2. Protagonismos en la adopción de medidas, polarización del impacto y medidas ad hoc versus normativa previa.
3. Ajustes de los sistemas de relaciones laborales para tratar de contener la crisis.
  - 3.1. Medidas que giran en torno a la idea de presencialidad y su ausencia.
    - 3.1.1. Actividad no presencial: el teletrabajo.
    - 3.1.2. Trabajo presencial y consecuente intensificación de las medidas preventivas.
  - 3.2. Medidas que afectan al eje de las obligaciones principales del contrato.
  - 3.3. Pandemia, estabilidad en el empleo y extinción contractual.
    - 3.3.1. Suspensión del contrato
    - 3.3.2. Extinción contractual y desempleo
4. Recapitulación, conclusiones y pensamientos finales.

---

\* Catedrático de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7851-4066>.

## 1. LA “PAN-CRISIS” DEL COVID-19: TRAGEDIA Y OPORTUNIDAD DE CAMBIO.

### 1.1. Declaración de intenciones.

La pandemia del COVID-19, la “explosión de la crisis del virus”, nos ha cogido de improviso, aunque “no faltaban los avisos, como aquél del 2008”<sup>1</sup>. Ha llegado, en cierto modo no sin anunciarse, y nos ha sumido en una “conducta fractal”, en un letargo individual y como sociedad cuyo despertar demanda un titánico esfuerzo.

Dicho lo anterior, las reflexiones que se suceden en estas líneas no pretenden, ilusoriamente, acotar la íntegra significación jurídico-laboral que la actual pandemia encierra. Una realidad que, por muchas razones, debidas a su cercano origen, propia naturaleza y otras externas, incluida lo que la Organización Mundial de la Salud denomina “infodemia” (*infodemic*), o epidemia de desinformación, no nos está siendo completamente desvelada<sup>2</sup>. Tampoco constituir un, a nuestro modo de ver inalcanzable, fiel reflejo de las medidas legislativas adoptadas y de su seguimiento.

Más bien estas reflexiones pretenden favorecer el entendimiento de las modificaciones normativas operadas. Buscar patrones en el conjunto de medidas laborales que ininterrumpidamente se han ido adoptando. Aspiran, de este modo, a identificar las claves a través de la cuales poder afrontar situaciones de esta naturaleza en un futuro. Y hacerlo sin valorar su continuidad en el tiempo y sin pretender comprender exhaustivamente las mismas. Pero sí procurando que nuestra mirada no se vea limitada a una visión estatal.

---

<sup>1</sup> TREU, T., «La pandemia un’occasione per pensare al “mondo che verrà”», en AA.VV., *IL MONDO CHE VERRÀ Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale. QUADERNI del CNEL*, numero speciale Maggio 2020, p. 9. ISSN 2611-5948.

<sup>2</sup> A ella hace referencia, entre otros documentos, la declaración conjunta “Managing the COVID-19 infodemic: Promoting healthy behaviours and mitigating the harm from misinformation and disinformation”, efectuada por WHO, UN, UNICEF, UNDP, UNESCO, UNAIDS, ITU, UN Global Pulse, and IFRC, el 23 de septiembre del año 2020. Declaración que puede consultarse en [Managing the COVID-19 infodemic: Promoting healthy behaviours and mitigating the harm from misinformation and disinformation \(who.int\)](#)

Que sea universal<sup>3</sup> -si bien son acaso más numerosos los apuntes referidos a España y a alguna otra realidad-. Contribuir por ello a descifrar cuáles de las líneas de actuación abierta pueden permanecer o reverdecer para encarar tesituras análogas. Esta terrible pandemia, si se nos permite, no va a arrasar con todo. Y si algo ha de estimular es, sin duda, una búsqueda de nuevos modos de hacer mejorados en algunos ámbitos.

Advertido lo anterior, se ha dicho que esta pandemia constituye un acontecimiento extraordinario y ordinario al mismo tiempo. Atendiendo a esta doctrina, su carácter extraordinario no descansa en representar “una aberración en el normal funcionamiento de la economía mundial y de la sociedad en su conjunto”, sino en “su potencial para romper con un modo de hacer, pensar y ser que, durante la mayor parte de la historia, ha tenido como premisas la explotación, deslocalización y marginación de las personas vulnerables”. Su naturaleza ordinaria, por su parte, se sustentaría, al menos en correspondencia con la denominada “primer ola”, en representar una continuidad más que una ruptura de los actuales patrones de funcionamiento de la sociedad, de los mercados y de las políticas legislativas<sup>4</sup>.

## **1.2. COVID-19: una poliédrica realidad.**

El COVID-19 es, posiblemente, una de las crisis sanitarias de mayor calado en la historia. Si ello no fuere, que desde luego lo es, suficientemente terrible. Es más. Es también, sin lugar a dudas, una profunda crisis no sólo sanitaria sino económica y jurídica. Es aún peor. Es una crisis social a nivel mundial. Acaso esta última dimensión, que comprende también una crisis de identidad y conciencia cívicas, el aspecto más relevante en su

---

<sup>3</sup> Una primera visión con incontables referencias a medidas legislativas de numerosos Estados en distintas regiones del globo puede apreciarse en LANTARÓN BARQUÍN, D., SERRANI, L. y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., “Panorámica mundial de la lucha contra los efectos del COVID-19 en las relaciones de trabajo: fotografía de una dinámica cambiante”, Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020. 15 páginas. Reflexión que constituye punto de partida en mi comprensión del COVID-19 y las relaciones de trabajo y, en consecuencia, también, de estas reflexiones.

<sup>4</sup> VAN HO, T. (IEL Collective), “International Economic Law and COVID-19”, apartado 9. Disponible en <https://medium.com/iel-collective/international-economic-law-and-covid-19-d46e17fdcd3f>

naturaleza. Afrontarla es, posiblemente, el único camino que pueda ofrecer una solución de conjunto a la par que un arma de futuro.

La crisis del COVID-19 es, ante todo, una crisis sanitaria en su identidad. Y son aspectos ligados a la salud laboral y a la necesidad de alejamiento físico interpersonal y del centro de trabajo los que pueden así identificarse como la consecuencia más propia y directa atendida desde el ámbito normativo laboral. Y, posiblemente, su mayor o más permanente legado en éste, venga conformado por la identificación de un haz o compendio de instrumentos para operar en situaciones de esta naturaleza.

Pensamos, por ejemplo, en la revisión de la calificación de las contingencias, fundamentalmente para el personal sanitario, a resultas del COVID-19, tal y como ha acaecido entre otros países en España<sup>5</sup> y Uruguay<sup>6</sup>. O la ampliación de la protección de la Incapacidad Temporal a situaciones de confinamiento de casos sospechosos. Aunando ambos al objeto de proteger la salud pública, se consideraron en algunos ordenamientos y con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social,

---

<sup>5</sup> Entre los primeros análisis de la reacción española, citar a MAIEDAH JALIL NAJI Y RAFAEL GÓMEZ GORDILLO, “Normativa laboral de excepción COVID-19 en España”. Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020, 6 páginas.

<sup>6</sup> En España, el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE 27-V), establece en su artículo 9 que las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma, tendrán consideración de contingencia profesional derivada de accidente de trabajo, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral. Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV-2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia. También en Uruguay para el personal sanitario se apunta en RASO DELGUE, J. y LUJÁN CHARRUTTI GARCÉN, María del, “Uruguay: el impacto del Coronavirus en las relaciones laborales”. Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020. Página 4.

aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus SARS-CoV-2<sup>7</sup>.

Pensamos, sobre todo, en lo que más afecta a nuestra disciplina, en la demandada necesidad de repensar la prevención de riesgos laborales en la empresa, entre otras líneas favoreciendo una visión más transversal de ésta. Transversalidad entendida como la necesidad de proteger la salud del trabajador como tal más allá de la vinculación del riesgo a su sector y/o profesión. No en vano, muestra inequívoca de la trascendencia de la prevención de riesgos laborales en relación con la pandemia, *el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*, en España, ha abierto en su página web un espacio específico destinado al COVID-19. Espacio que, si bien tiene como línea de cabecera el procedimiento de actuación de los servicios de prevención frente al mismo, cuenta con un gran número de documentos de aplicación sectorial<sup>8</sup>.

Central es, sin duda, la necesidad de actualizar las normas preventivas vinculadas a los riesgos biológicos. En España el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE, 24-V), o los sistemas de vigilancia epidemiológica que afectan al personal sanitario de los servicios de prevención. Real Decreto 664/1997 recientemente “adaptado” mediante OM (?)<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE, 11 de marzo) en España

<sup>8</sup> <https://www.insst.es/espacio-campana-covid-19> *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al COVID-19 (sars-cov-2)*, actualizado a fecha 7 de octubre de 2020. Entre estos documentos, se aprecian guías para la prevención y control del COVID19 en un gran número de sectores, tales como cárnico, explotaciones agrícolas, y directrices de buenas prácticas en un gran número de sectores, como el transporte de pasajeros, constantemente actualizadas, a título de ejemplo.

<sup>9</sup> Nos referimos a la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adapta en función del progreso técnico el Real Decreto 664/1997, de 12-5-1997(RCL 1997\1273), sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE, 10-XII), que tienen en consideración la importante Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020, por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en

También la necesidad de reforzar la protección de la salud mental, vital en esta crisis y al margen de ella, como recientemente recuerda la Comisión Europea en el COM (2020) 64 final “[Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica](#)” cuando señala que el «comportamiento» futuro de las aplicaciones de IA podría generar riesgos para la salud mental de los usuarios, derivados, por ejemplo, de su colaboración con robots y sistemas con IA humanoide, en entornos de trabajo.

Desde la óptica del alejamiento físico como remedio, el gran protagonista de esta vertiente sanitaria es desde luego el trabajo remoto, en particular el teletrabajo. Y ello sin olvidar que esta crisis acelera procesos en los que ya estábamos inmersos como la digitalización de la economía, la mirada sobre la economía de plataformas, etc. Estos procesos de los que se venía tanto hablando como la industria 4.0, que “ofrece nuevos materiales (nanopartículas), nuevos modos de producción (impresoras 3D) e introduce, en las formas clásicas de trabajo, las nuevas tecnologías a través, por ejemplo, del teletrabajo”<sup>10</sup>.

Como bien señala el Foro Económico Mundial, «la automatización, en tándem con la recesión de COVID-19, está creando un escenario de "doble disrupción" para los trabajadores. Además de la actual por los cierres inducidos por la pandemia y la contracción económica, la adopción de tecnología por parte de las empresas transformará las tareas, los empleos y las habilidades para el 2025». Este mismo informe evidencia además que la creación de empleo decelera mientras que acelera la destrucción, que el futuro del trabajo ya ha llegado para los trabajadores más cualificados, o que el *skill gaps* continúa siendo alto, acortándose la ventana de oportunidad para “recualificar” o mejorar

---

lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión.

<sup>10</sup> MERCADER UGUINA, J.R., “El Sistema de Responsabilidad Empresarial por el Accidente de Trabajo: mismas fichas, cambio de tablero”. *ForodeLabos* 21.10.20 <https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/el-sistema-de-responsabilidad.html>

la cualificación de los trabajadores, exacerbando la desigualdad entre éstos y las diferencias entre trabajadores y no trabajadores<sup>11</sup>.

Centrados, en segundo lugar, en esta incidencia del COVID-19 en el mundo del trabajo, para éste la pandemia es, ante todo, una crisis económica. Efectos económicos graduables en intensidad y, aunque propios del COVID-19, no identitarios del mismo. Dimensión económica nítidamente trascendente, impactando la pandemia negativamente en las bolsas de todo el mundo.

COVID-19 que ha determinado las peores previsiones históricas del Fondo Monetario Internacional, que habla reiteradamente de “una crisis como ninguna otra”<sup>12</sup> Adicional botón de muestra, en América Latina y el Caribe la CEPAL estimaba que, en un escenario de reducción del 1.8% del PIB en la región, el número de personas en situación de extrema pobreza pasará de 67.4 a 90 millones. Un ulterior informe del CEPAL del 21 de abril de 2020 hablaba ya de una caída del PIB en la región del 5,3 %. Tan severa es la incidencia del COVID-19 que, para asegurar el mantenimiento de la actividad económica, desde un primer momento se aprueban planes estatales de contingencia, planes nacionales de apoyo económico, como ha sucedido por citar un ejemplo en Francia<sup>13</sup>. Sin olvidar, por supuesto, la actuación de la UE en un plano superior, que más adelante identificaremos.

Gravedad exponencialmente elevada por estos confinamientos colectivos obligatorios de la población a través de declaración de estados de emergencia de diversa naturaleza y denominación, tales como el proclamado mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, de 15 de marzo, por el cual se declara el Estado de Emergencia Nacional en Perú,

---

<sup>11</sup> WEF, *The future of Jobs Report 2020*. October 2020, pp. 5 y 6.

<sup>12</sup> La **economía mundial caería según una de las previsiones efectuadas por el mismo un 3% por el impacto de la pandemia. En términos del PIB, Estados Unidos tendrá una caída del 5,9%**, la Zona Euro del 7,5% (España, del 8%), aunque la Comisión Europea ya nos sitúa en el 9,4% y los últimos datos muy por encima; 5,2 % Japón. El seguimiento de la actuación del FMI en relación con la pandemia puede consultarse en [El FMI y el COVID-19 \(coronavirus\) \(imf.org\)](https://www.imf.org/es/actualidad/comunicaciones/2020/04/20/20200420)

<sup>13</sup> NICOLE MAGGI-GERMAIN *L'adaptation du droit social français à la pandémie de Coronavirus*. Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020. Página 1.

ulteriormente prorrogado. Paralizaciones de actividad económica, *ergo* empresarial, que, bajo esta cobertura u otra, pueden ser colectivas o individuales, progresivas en el tiempo y en el territorio, cubrir la totalidad del Estado o administraciones territoriales inferiores (en China, como botón de muestra, por parte de sus provincias), etc.

Como en su momento subrayara la OIT, el 94% de los trabajadores prestan servicios en países que han adoptado algún tipo de cierre de empresas y 1 de cada 5 trabajadores lo es en aquellos que han cerrado todo centro de trabajo a excepción de los correspondientes a aquellas actividades calificadas como esenciales<sup>14</sup>. Si bien esta incidencia, como es natural, evoluciona con la propia pandemia<sup>15</sup>, aunque parece haberse mantenido muy alta, en el 93% aquella primera cifra<sup>16</sup>.

Al margen de las situaciones de confinamiento obligatorio generalizado de la población, la actividad económica se ralentizó notablemente a resultas de otras causas. Bien de decisiones personales de la población. Así, en Uruguay, como botón de muestra, se constatan daños económicos en la pequeña empresa fruto de las decisiones personales voluntarias de distanciamiento o aislamiento social<sup>17</sup>. Bien como resultado natural de obligaciones específicas de cierre de las empresas por razones varias vinculadas a la pandemia, tales como la desinfección o aplicación de medidas preventivas, como se ha contemplado en Corea del Sur por un periodo máximo de seis meses<sup>18</sup>; o considerando el

---

<sup>14</sup> ILO Monitor: *COVID-19 and the world of work*. Fourth edition. Updated estimates and análisis. 27 de mayo de 2020.

<sup>15</sup> A fecha 20 de abril, el porcentaje de trabajadores que vivían en países donde se ha ordenado o recomendado el cierre de los lugares de trabajo disminuyó del 81 al 68 por ciento a lo largo de las últimas dos semanas, debido principalmente al levantamiento de las medidas de cierre de los lugares de trabajo en China. La situación ha empeorado en el resto del mundo. Y es del 81 por ciento de los empleadores. Por otra parte, el 66 por ciento de los trabajadores por cuenta propia viven y trabajan en países afectados por el cierre ordenado o recomendado de los lugares de trabajo, con graves repercusiones sobre los ingresos y los empleos. Observatorio de la OIT: *El COVID-19 y el mundo del trabajo*. Tercera edición Estimaciones actualizadas y análisis. 29 de abril de 2020.

<sup>16</sup> ILO, *ILO Monitor: COVID-19 and the world of work. Seventh edition Updated estimates and analysis*. 25 January 2021, p.1. Disponible en [wcms 767028.pdf \(ilo.org\)](https://www.wcms.ilo.org/wcms/767028.pdf)

<sup>17</sup> RASO DELGUE, J. y LUJÁN CHARRUTTI GARCÉN, María del, "Uruguay: el impacto ...". Aptado. 5.

<sup>18</sup> JUNE NAMGOONG, "The Republic of Korea's Policy Response to the Covid-19 epidemic in the field of employment and labour relations". Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020. Página 2.

grado de aglomeración de trabajadores y/o personas propio de esa actividad industrial, como es el caso de El Salvador<sup>19</sup>.

Una situación económica que hace renacer la vieja idea de repensar el sistema capitalista. Se requiere para algunos autores un modo de hacer de las multinacionales que cuestionan se avecine. Citando a Andrea Lassandri advierte el Profesor Baylos Grau que “el mundo globalizado del capital, su capacidad de mover libremente personas – que no sean inmigrantes ni refugiados – y capitales, ha implosionado de golpe y la constricción de la libertad de movimientos se ha convertido en estos meses en una regla universal”<sup>20</sup>. Habla en esta línea el Profesor *Tiraboschi* de la “exaltación del poder del empleador” durante la pandemia y reflexiona sobre la necesidad de que la sociedad del riesgo vivida con ella no comprometa otros valores, llamando a pensar sobre la racionalidad económica impuesta en la actualidad, que contrapone personas y mercado, personas y economía. Mercado que, entiende, es un producto cultural fruto de elecciones que es preciso revisar<sup>21</sup>.

Posiblemente sea la combinación de ambos, de una crisis económica acaso sin parangón y de una crisis de salud pública la que identifique la marca propia del COVID-19.

Es, por otra parte, evidente que los efectos económicos no serán homogéneos y que pueden incluso ser sectorialmente de signo contrario. Esto es, de un notable incremento de la demanda por parte del mercado de ciertos bienes y servicios. Tal y como se aprecia en la mayor demanda de productos vinculados a la prevención del COVID-19 o en la especial exigencia de actividad sobre los servicios esenciales para la comunidad<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> MORÁN, C., “El Salvador: Aspectos laborales del Covid-19”. Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020. Página 2.

<sup>20</sup> <https://baylos.blogspot.com/2020/05/pensando-en-lo-que-ha-de-venir-el-mundo.html>

<sup>21</sup> [https://mediaserver.univ-nantes.fr/videos/1c14\\_michel-tiraboschi/](https://mediaserver.univ-nantes.fr/videos/1c14_michel-tiraboschi/)

<sup>22</sup> Prestaciones de constante e incluso superior desempeño durante la pandemia que pueden ser también detectadas utilizando -eso sí, adecuadamente- los documentos identificativos de profesiones vulnerables, como por ejemplo acaece en el *penúltimo protocolo de actuación de los servicios de prevención frente al SARS-Cov-2* en España, aclarándose que “En la Nota interpretativa de la aplicación de estos escenarios de riesgo de exposición se explica cómo debe utilizarse esta Tabla. Una *profesión puede ser clasificada en varios escenarios de riesgo en función de las tareas que realice*”.

Vivimos una crisis sanitaria y económica que determina modificaciones normativas en innumerables ámbitos de nuestra disciplina. De “Derechodemia” también se ha hablado<sup>23</sup>. Desde los salarios a la necesidad de estabilidad del empleo, pasando por el desempleo y la protección frente al mismo.

Y que, dado que el progreso de los derechos, también humanos, viene firmemente apegado al progreso económico -como claramente se aprecia por ejemplo en nuestra protección social<sup>24</sup>-, es una crisis de derechos. Si la lucha de la Humanidad y, en particular, del Derecho del Trabajo radica en favorecer que el desarrollo económico revierta en la protección jurídica, redistribuyendo la riqueza como exponente de justicia social, esta crisis económica generará una pérdida en el patrimonio jurídico neto, que ha de ser igualmente vista con nitidez a buen seguro en un futuro.

Habría además que yuxtaponer en este análisis, a todas las perspectivas, la propia de la temporalidad o permanencia del cambio, en lo que nos interesa normativo. Incluida la de su aplicación continuada o cíclica -sea este ciclo probablemente no puro-, ante situaciones excepcionales de semejante índole. Pueden formularse así distintas preguntas, tales como si es necesario contemplar una disciplina presupuestaria especial pero estable a aplicar en situaciones de crisis económica. Y cuáles han de ser los indicadores económicos que determinen su aplicación. O si es preciso generar, igualmente, una normativa específica para atender transversalmente las pandemias, quedando en suspenso fuera de éstas.

Existe desde luego, para finalizar este concreto análisis, una crisis social, de valores, de la actual sociedad de consumo. Entre las primeras medidas de trascendencia en relación

---

<sup>23</sup> CORDERO GONZÁLEZ, J., “Derechodemia laboral y COVID-19: diques de contención ¿provisionales? frente a un desbordamiento oceánico”, Trabajo y Derecho, núm. 66, Estudios, junio de 2020, 31 páginas.

<sup>24</sup> Como muestra de ejemplo, ha sido estudiada, entre otros por González Ortega y Barcelón Cobedo, la evolución del sistema de Seguridad Social español con posterioridad a nuestra Constitución con fases de extensión de la protección, de racionalización técnica o de reducción de aquella, apegada ésta a las crisis económicas. Así, la aprobación del factor de revalorización, en suspensión. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Madrid (Tirant Lo Blanch), 14ª edición, 2020, ISBN 978-84-1355-956-8, pp. 64 y 65.

con esta crisis sanitaria, destacan las limitaciones al comercio que afectan a medicamentos y equipamiento sanitario: “prohibiciones a la exportación de equipo médico de protección por la Unión Europea; de 80 medicamentos, incluyendo insulina, morfina y paracetamol, por el Reino Unido; o de mascarillas por Malasia y Tailandia”. Del mismo modo, la cadena de distribución de alimentos se está viendo sometida a una importante tensión<sup>25</sup>.

Entre otros datos a considerar, está también agravar, al desviar la atención previamente existente, las situaciones de tráfico humano, como ha denunciado Tatiana Kotlyarenko de la ODIHR (Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos) de la OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa), incluyendo la disminución de hasta un 50% de los programas de Distribución Mundial de Alimentos en zonas calientes desde esta perspectiva<sup>26</sup>. Tráfico humano que también es un fenómeno intranacional. La situación de los desfavorecidos se ha visto en general agravada. Se estima así que el 75% de las operaciones humanitarias han sido suspendidas<sup>27</sup>.

La crisis asola, en definitiva, a los colectivos más vulnerables, como seguiremos acreditando en el siguiente epígrafe.

## **2. PROTAGONISMOS EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS, POLARIZACIÓN DEL IMPACTO Y MEDIDAS AD HOC VERSUS NORMATIVA PREVIA.**

No es un misterio, los males que se ciernen sobre el porvenir de las personas afectan en general a las personas con una peor situación socioeconómica. La actual pandemia -todas- afecta en efecto, atendiendo al plano social y laboral, de forma particularmente intensa a los más vulnerables, acentuando con ello las desigualdades sociales. En otras palabras, a mayor abundamiento, se señala que las pandemias “no son meros fenómenos naturales:

---

<sup>25</sup> VAN HO, T. (IEL Collective), “International Economic Law and COVID-19”, apartado 2. Disponible en <https://medium.com/iel-collective/international-economic-law-and-covid-19-d46e17fdcd3f>

<sup>26</sup> Situación, falta de alimentos, tratada de paliar por los Estados, puede así entenderse la legislación salvadoreña que para los trabajadores de la economía informal y población en general establece el apoyo económico para alimentación en la emergencia, consistente en la cantidad de trescientos dólares por vivienda. MORÁN, C., “El Salvador: Aspectos...”, p. 6.

<sup>27</sup> REDFERN, CORINNE, *The Pandemic’s Hidden Human Trafficking Crisis*, FP, 3o de abril de 2020. <https://foreignpolicy.com/2020/04/30/coronavirus-pandemic-human-trafficking-crisis/>

emergen en una sociedad específica con unos rasgos económicos y políticos bastante definidos, exponiendo más a unos individuos que a otros a su mal. Los más vulnerables a padecer la enfermedad y a sufrir las peores consecuencias siempre son aquellos que cuentan con menos recursos”<sup>28</sup>.

En primer lugar, a las numerosas situaciones informales, estimándose su número en 1600 millones de trabajadores informales en el mundo según alguno de los informes de la OIT. En Italia se estima la particular afectación de 3.5 millones de prestaciones de trabajo no declarado<sup>29</sup>. En México que este trabajo informal alcanza el 57% de los trabajadores<sup>30</sup>.

Por supuesto, en gran medida entre los mismos, merece ser destacado desde el prisma laboral el colectivo de los trabajadores migrantes. Así lo evidencia la situación en India o China, al coincidir en este último caso el estallido de la pandemia con el Año Nuevo chino impidiendo en muchos casos su retorno al lugar de trabajo y reincorporación a éste. O uno de los primeros rebrotes de Singapur, básicamente en sus dormitorios ocupados por estos trabajadores.

También afecta especialmente la pandemia a los trabajadores temporales, igualmente vulnerables. Siempre como botón de muestra, en España y en el ánimo de su protección, se prolonga la extensión temporal de estos contratos temporales por el tiempo correspondiente al eventual periodo de suspensión que el COVID-19 pudiera ocasionar. Y, como más adelante se acreditará en este estudio, afecta especialmente a trabajadores de ciertos sectores no esenciales, mujeres y, sobre todo, jóvenes retornando algunos países como particularmente España a alarmantes cifras de desempleo juvenil.

---

<sup>28</sup> ESPINOZA PINO, M., “COVID-19, el virus de la era neoliberal”, *Jurisdicción Social*, núm. 210, mayo 2020, p. 13.

<sup>29</sup> TIRABOSCHI, M., *Il caso italiano*. Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020. Página 2.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A. y HERNÁNDEZ RAMÍREZ, J.P., “La respuesta del gobierno de México ante el COVID-19”. Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020. Página 1.

El último, séptimo, de los informes de la OIT, de fecha 25 de enero de 2021, acredita lo que ya el cuarto, publicado en fecha 27 de mayo con los datos disponibles a 17 de mayo<sup>31</sup>, ya avanzaba. Centrándose en el severo impacto entre los jóvenes, 4 de cada 10 (178 millones -por debajo de 25 años-) trabajando en los sectores de más alto impacto negativo del COVID y 1 de cada seis encuestados perdiendo su trabajo durante el COVID, si bien llega también a la interesante conclusión de que un 50% de las horas de trabajo podría salvarse gracias al testeo y rastreo. También destaca su mayor impacto en mujeres<sup>32</sup>.

Finalmente, en este muestrario no exhaustivo, se ven especialmente perjudicados los trabajadores autónomos y/o microempresarios. Y, cómo no, por lo expuesto, la economía de plataformas, siempre en el ojo del huracán en nuestros días. Más, si cabe, a resultas del COVID-19. Para estas pequeñas, medianas y microempresas es habitual la aprobación de medidas de apoyo económico. Así, el temprano paquete económico de 50.000 millones de euros aprobado en Alemania para aliviar los problemas económicos de pequeñas empresas y trabajadores por cuenta propia<sup>33</sup>. En Francia, aunque estas medidas de protección se aprecian en multitud de casos, se creó de inicio un fondo económico con 2.000 millones de euros para atender a las pequeñas empresas que enfrentan dificultades en sectores como la hostelería u otros<sup>34</sup>, atendiendo en los casos no expresamente mentados a un indicador presente en otros ordenamientos, la disminución del nivel de facturación.

La incidencia sectorial de la pandemia presenta, además, una clara polarización. Resulta así especialmente visible en sus efectos negativos en algunos sectores, como son, desde luego, la hostelería, el ocio, el juego y el turismo. La OIT identifica entre los sectores más negativamente afectados el del comercio al por mayor y al por menor, reparación de

---

<sup>31</sup> ILO Monitor: COVID-19 and the world...

<sup>32</sup> <http://www.oecd.org/coronavirus/en/data-insights/young-people-and-women-hit-hard-by-jobs-crisis>

<sup>33</sup> MICHAEL WHITTALL, RAINER TRINCZEK and MAE WHITTALL “Social Partnership in Times of Crisis—the German Way”. Número especial de *Noticias Cielo*. Abril de 2020. Página 2.

<sup>34</sup> NICOLE MAGGI-GERMAIN *L’adaptation du droit social...*p. 6.

vehículos de motor y motocicletas, las industrias manufactureras, las actividades de hostelería y restauración o las actividades inmobiliarias, administrativas y comerciales<sup>35</sup>.

Por el contrario, demanda una intensa dedicación de los trabajadores de servicios esenciales, tales como los sanitarios, cuerpos de seguridad del estado o distribución de alimentos. En relación con estas actividades esenciales es particularmente visible el esfuerzo normativo por mantener su actividad. En todos los Estados, aunque en algunos el esfuerzo normativo parezca especialmente intenso, como es el caso de Argentina dado el amplio elenco de medidas dispuestas al efecto. Medidas que comprenden la ampliación de las facultades empresariales de organización del tiempo de trabajo, la reducción de las cotizaciones por horas extraordinarias necesarias o la posibilidad de contratar personal mientras dure la vigencia del aislamiento<sup>36</sup>.

Materia a la que también se ha prestado atención desde la propia UE, como es natural. La Comunicación de la Comisión de Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores (2020/C 102 I/03, DOCE 30-III), habla así de “trabajadores que ejercen ocupaciones críticas” o de “infraestructuras críticas”

Desde otro prisma, esta crisis se afronta con un incremento acentuado del intervencionismo -garantismo- normativo estatal en todos los órdenes. Y, en nuestro ámbito, frente al garantismo colectivo o individual. La opinión pública y la política nacional piden “una mayor intervención pública de la Economía, después de decenios de demonización de la intervención del Estado”<sup>37</sup>. Un garantismo normativo estatal particularmente, siquiera por razones comprensibles, desbocado. Demandándose cada vez más prestar oídos a las sabias palabras de Gustave Flaubert en su obra *Salambó*, al manifestar aquello de que “hay que esperar cuando se está desesperado, y andar cuando se espera”.

---

<sup>35</sup> ILO, *Monitor: COVID-19 and...*, p. 8.

<sup>36</sup> MÉNDEZ FILLEUL, R. y PELIZA, E., “Sucesión normativa argentina sobre COVID- 19 respecto de las relaciones de trabajo”. Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, página 4.

<sup>37</sup> TREU, T., “La pandemia un’occasione per...”, p. 9.

Este garantismo normativo, en otras palabras, público, ha sido esencialmente estatal, no apreciándose un papel especialmente relevante, con carácter general, en el ámbito de los organismos supranacionales, internacionales, acaso por razones comprensibles. Y ello a pesar de que, el COVID-19 ha de ser afrontado de forma universal y coordinada, como la propia OIT subraya. La Organización Internacional del Trabajo llama así a la adopción de medidas “urgentes, a gran escala y coordinadas basadas en tres pilares: proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo, estimular la economía y el empleo, sostener los puestos de trabajo y los ingresos”<sup>38</sup>.

Advierte idéntica cualificada doctrina que, si bien la OIT no puede actuar con la urgencia requerida, y sin olvidar otros instrumentos como códigos de práctica, guías y manuales, cuenta entre sus instrumentos normativos con Convenios y Recomendaciones que han de tenerse muy presentes en la actual tesitura. En especial, sus disposiciones relativas a las siguientes materias: tutela del trabajador en situaciones de insolvencia del empleador (C173 y R180); extinción de la relación de trabajo (C158), sobre Seguridad Social (102, que antecede a otros muchos); salud laboral (C155 y R164, entre otros) y, en especial, dentro de ésta, la relativa al personal de enfermería (C149 y R157); y sobre el trabajo a domicilio (C177 y R184)<sup>39</sup>.

Instrumentos no normativos que, por supuesto, tienen protagonismo en la lucha contra la pandemia, como sucede a título de ejemplo en China, donde muchas de las decisiones adoptadas lo han sido mediante directrices de políticas a seguir<sup>40</sup>.

Reincidiendo en la mentada coordinación, que apela a una respuesta universal al problema, en el seno de la propia UE se apunta hacia la creciente globalización de la economía, al igual que de la movilidad de la población y la expansión de la sociedad de la información, como factores que han influido en el alcance e impacto de la pandemia.

---

<sup>38</sup> SERVAIS, J-M., “El COVID 19. ¿Qué nos dice la OIT?”. Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, página 1.

<sup>39</sup> SERVAIS, J-M., “El COVID 19. ¿Qué nos dice la OIT?”, páginas 2 y ss.

<sup>40</sup> XIAOHUI BAN, “Responding to the Impact of COVID-19 on Labor Relationship in China”. Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, página 6.

Y se juzga que estos mismos elementos pueden contribuir a detener la crisis. La adopción, en definitiva, de un elenco de medidas concertadas a nivel mundial para “*comprar tiempo para nuestros sistemas de salud para hacer frente a la pandemia y para la Ciencia para encontrar soluciones a más largo plazo*”. Como bien se señala, solo desconociendo las fronteras mediante la cooperación de todos los Estados es posible combatir eficazmente el COVID-19<sup>41</sup>.

UE que sí ha ido asumiendo un protagonismo creciente en su ámbito regional y en sus Estados Miembros, claro está. Por su peso geopolítico mundial posiblemente más allá. Y en la cual, amén del control de fronteras, las políticas de la Comisión culminan en el “Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia” (**SURE**, por sus siglas en inglés)<sup>42</sup>, línea de financiación a los Estados Miembros para evitar el desempleo con un presupuesto total de 100.000 millones de euros, un reaseguro del desempleo. Y en otras como el “Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia” integrado en el *NextGeneration EU*, a los efectos de cuya adecuada ejecución en nuestro país se aprueba el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE, de 31-XII). Líneas que convergen en un Marco financiero plurianual (2021-2027).

Y ello sin perjuicio de otras actuaciones a través del BEI, de otras medidas como las articuladas a través de la citada Comunicación de la Comisión de Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores (2020/C 102 I/03, DOCE 30-III). Y,

---

<sup>41</sup> <https://www.eurofound.europa.eu/publications/blog/a-blog-post-from-eurofound-executive-director-on-the-coronavirus-crisis>

<sup>42</sup> Reglamento 2020/672 UE, de 19 de mayo, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19 (DOL, 20-V). Resulta impensable abordar de forma completa la normativa motivada por el COVID-19, de ahí que resulte indispensable la consulta de la fuente posiblemente más fiable que son los códigos electrónicos al efecto previstos en la biblioteca jurídica digital del BOE.

más indirectamente, sobre el fomento del teletrabajo en la Comunicación de la Comisión Europea “Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19” (2020/C 126/01, DOCE, 16-IV). O de, como es el caso de la propia EUROFOUND, orientar la labor de su aparato especializado en nuestro ámbito al análisis del impacto en el sistema de relaciones laborales y otros ámbitos de su competencia de la pandemia<sup>43</sup>.

Sin desconocer otras reflexiones supranacionales, u otras como, como las trascendentes habidas en el ámbito del Consejo de Europa, invocándose el artículo 15 (derogación de obligaciones por Estado de Emergencia) del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de distintos Estados Miembros. Por citar un botón de muestra adicional.

Desde otro plano, el COVID-19 es, además, afrontado mediante la actuación conjunta e integrada de medidas *ad hoc* y la puesta en funcionamiento de previsiones legales preexistentes. Medidas como de las que disponía China a resultas de la epidemia de SARS, con la *Ley sobre Prevención y Tratamiento de Enfermedades Infecciosas* del año 2004 y la *Ley de Respuesta de Emergencia* del año 2007, aquella primera regulando aspectos salariales de los trabajadores durante su situación de aislamiento<sup>44</sup>. También Corea del Sur<sup>45</sup>. Normativa igualmente preexistente, como último ejemplo, en México, si bien no parecen muy transitadas, con la modificación de su Ley Federal del Trabajo a resultas de la gripe A, virus H1N1<sup>46</sup>.

Y medidas *ad hoc*, abordadas con el orden y concierto propio de cada cultura jurídica y entendimiento de la responsabilidad política. Y que han resultado en la aprobación de un copioso andamiaje normativo. Botón de muestra, Francia, donde a la Ley de Emergencia le siguieron un gran número de adicionales actuaciones normativas<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> <https://www.eurofound.europa.eu/topic/covid-19>

<sup>44</sup> XIAOHUI BAN, “Responding to the Impact of...”, p.1.

<sup>45</sup> JUNE NAMGOONG, “The Republic of Korea’s...”, p. 1.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A. y HERNÁNDEZ RAMÍREZ, J.P., “La respuesta del gobierno...”, p. 3.

<sup>47</sup> NICOLE MAGGI-GERMAIN *L’adaptation du droit...*, 7 páginas.

### **3. AJUSTES DE LOS SISTEMAS DE RELACIONES LABORALES PARA TRATAR DE CONTENER LA CRISIS.**

Para superar la reciente y severa crisis “no serán suficientes pequeños ajustes en relación de cuanto se hacía en el pasado”, ni bastará “elaborar proyectos genéricos para el futuro”<sup>48</sup>. Por ello las líneas de actuación de los diferentes Estados han sido en realidad numerosas, tales como aquellas encaminadas a conciliar la vida familiar y laboral del trabajador en estas complejas circunstancias, no todas ellas abordadas en esta reflexión. Análisis que se centra, pedagógicamente, en tres líneas o ejes de actuación profundamente interconectados. El que se mueve entre la presencialidad y el trabajo remoto, el que se relaciona más directamente con las obligaciones principales del contrato de trabajo y el anclado en el principio de estabilidad del empleo y tendente a evitar las extinciones contractuales.

#### **3.1. Medidas que giran en torno a la idea de presencialidad y su ausencia.**

##### **3.1.1. Actividad no presencial: el teletrabajo**

Conveniente es dejar constancia, antes de abordar este espacio, de la delimitación conceptual realizada por el Departamento de Estadística de la OIT<sup>49</sup>, diferenciando los conceptos de trabajo remoto (*remote work*), teletrabajo (*telework*, subcategoría de aquél caracterizada por el uso de las TIC y líneas de tierra), trabajo en el domicilio (*work at home*) y trabajo con base en el domicilio (*home-based work*, subcategoría del precedente caracterizada por ser éste el lugar usual de trabajo). Conceptos que pueden combinarse, siendo usual el teletrabajo en el domicilio o, al menos, con base en el domicilio. Y que en los distintos regímenes jurídicos estatales no necesariamente se ajustan a estas definiciones de manera exacta.

Esta modalidad de prestación del trabajo, en concreto el teletrabajo, se regula usualmente en la legislación estatal, en mayor o menor detalle, si bien en casos excepcionales como

---

<sup>48</sup> TREU, T., “La pandemia un’occasione per...”, p. 9.

<sup>49</sup> ILO, *COVID-19: Guidance for labour statistics data collection. Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work.* 5 / June / 2020.

es el de Corea del Sur no sucede así, dejándose su ordenación a la autonomía colectiva e individual<sup>50</sup>. Pero usualmente sí. En Perú, por ejemplo, se publicó el día 9 de marzo la Resolución Ministerial N° 055-2020-TR, mediante la cual se aprobó el documento denominado “Guía para la prevención del Coronavirus en el ámbito laboral”. Resolución mediante la que se establecieron acciones complementarias de prevención y control que pueden adoptar los empleadores y los/las trabajadores/ras; un punto fundamental de esta guía está constituido por las acciones habilitadas por la ley para evitar la propagación del virus en los centros de trabajo, habilitando para ello el teletrabajo. Modalidad de trabajo que se encontraba regulada por la Ley N° 30036 Ley que Regula el Teletrabajo, del 5 de junio de 2013, y su reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 017-2015-TR del 3 de noviembre de 2015”<sup>51</sup>.

Una normativa estatal que presenta, en línea con la advertencia efectuada, diversas variantes. Y que, con frecuencia, se ha visto modificada a consecuencia de la crisis del COVID-19, que ha espoleado la atención normativa de esta institución. En Hungría, por ejemplo, existe una fórmula de teletrabajo parcial o semipresencialidad, si bien para afrontar la pandemia se ha fortalecido el teletrabajo íntegro y su imposición obligatoria por el empleador en sustitución del acuerdo legalmente contemplado en el régimen ordinario preexistente<sup>52</sup>. Adicional botón de muestra es Italia, donde de las dos modalidades de trabajo remoto existentes, el teletrabajo y el trabajo ágil, se ha optado por promover, acondicionando su régimen jurídico, este último<sup>53</sup>. O Perú, mediante Decreto de Urgencia N° 026-2020, de 18 de marzo, se legisla por primera vez en aquel país y para esta situación el trabajo remoto<sup>54</sup>. En España se aprueba el Real Decreto-Ley 28/2020 de

---

<sup>50</sup> JUNE NAMGOONG, “The Republic of Korea’s...”, p. 3.

<sup>51</sup> ACURIO SALAZAR, G., “Arquitectura normativa laboral peruana en tiempos de coronavirus”, *Noticias Cielo*, núm. 4, 2020, pp. 1 y 2.

<sup>52</sup> ISTVÁN HORVÁTH y ZOLTÁN PETROVICS, “COVID ’19–Hungary. Measures concerning employment, collective labour law and social security”. Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, páginas 2 y 3.

<sup>53</sup> TIRABOSCHI, M., *Il caso italiano*, páginas 3 y 4.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ CASTRO, I., “Medidas legales adoptadas en el ámbito laboral peruano debido al COVID-19”. Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, página 2.

trabajo a distancia (BOE, 23-IX), cuando éste supera el 30% jornada en tres meses, dando relevancia a la autonomía colectiva, en particular a la hora de fijar la financiación o compensación económica por los gastos derivados del trabajo, etc.

Significar, además, dos relevantes ideas adicionales. En primer lugar, el fomento del trabajo remoto, fundamentalmente del teletrabajo, se aprecia con carácter universal a resultas del COVID-19. El desarrollo del teletrabajo ha venido, en definitiva, motivado por la pandemia. También como es natural porque, en algunos países más que en otros, existía un margen notable de desarrollo del mismo. Pensar que en países tan significativos como EE.UU. sólo el 7% de los trabajadores tenía acceso al trabajo a distancia antes de la crisis<sup>55</sup>. De hecho, la media de trabajadores que comenzaron a teletrabajar a resultas de la pandemia es de aproximadamente el 37% en la EU-27<sup>56</sup>.

En segundo término, dicho fortalecimiento lo ha sido también del poder empresarial, en teoría al fin público de garantizar la prestación de trabajo y la protección de la salud laboral. Alterando para ello el régimen jurídico ordinario, como ha sucedido en España. Baste señalar, por su fuerza expresiva, las múltiples excepciones a la voluntariedad demandada en el ámbito de la UE por el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 16 de julio del año 2002.

También, a título de ejemplo, en la financiación. Ciertamente que en rigor estos medios y su financiación han de ser sustentados por el empleador. En algún caso se aprecian recordatorios expresos en este sentido, que posiblemente vengan motivados porque la práctica no siempre se ha conducido de conformidad a las premisas legales. Así, el sindicato más grande de Alemania, IG Metall, elaboró un documento relativo al teletrabajo manifestando que, cuando resulte posible, ha de ofrecerse esta opción a todo

---

<sup>55</sup> NORLANDER, P., “The Coming Unemployment Crisis in the USA”. Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, página 1.

<sup>56</sup> Como se aprecia en EUROFOUND, *Living, working and COVID-19: First findings. April 2020* Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2020/living-working-and-covid-19-first-findings-april-2020>

trabajador, dotándole del equipo necesario para ello y garantizando una jornada ordinaria mediante prácticas como limitar el número de horas, grabarlo o controlar los periodos de descanso<sup>57</sup>. Intuimos que, no obstante, dada la excepcional situación que vivimos y el crecimiento exponencial y vertiginoso de esta fórmula, esto no es necesariamente así en la práctica.

Nuevas previsiones legales en torno a esta modalidad de trabajo que en ocasiones, no excepcionalmente, evolucionan a lo largo de la propia pandemia, como sucede en otros ámbitos. Y a título de ejemplo, ha acaecido en Portugal transitándose durante la misma hacia un régimen de mayor obligatoriedad en su uso<sup>58</sup>.

Por el contrario, y para concluir, cuando el régimen jurídico precedente no se ve modificado y las nuevas previsiones legales se suman a otras precedentes, éstas y aquéllas pueden no resultar siempre íntegramente coherentes. En esta colisiva concurrencia normativa, entendemos que la especialidad de la situación actual -y consecuente régimen jurídico- ha de primar en líneas generales. Así lo interpreta la doctrina brasileña en relación con la unilateralización de esta medida en manos del empleador<sup>59</sup>.

### ***3.1.2. Trabajo presencial y consecuente intensificación de las medidas preventivas.***

Ámbito íntimamente conectado con el anterior. El teletrabajo es, en efecto, una de las medidas organizativas preventivas más importantes. Y por ello uno de los aspectos nucleares de esta crisis y de la propia *Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus* elaborada por el Ministerio de Trabajo en España<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> MICHAEL WHITTALL, RAINER TRINCZEK and MAE WHITTALL "Social Partnership in...", p. 2.

<sup>58</sup> RIBEIRO, A.T. y ABRUNHOSA E SOUSA, D., "Legislação COVID- 19 (Portugal)". Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, página 1.

<sup>59</sup> NAHAS, T.C. Y MARTINEZ, L. "Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da Seguridade Social e da de prevenção de riscos laborais". Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, página 2.

<sup>60</sup> También presente, si bien con menor entidad, como es natural porque la atención se centra ya más en el rastreo y seguimiento, en la más reciente del Ministerio de Sanidad *Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la Exposición al SARS-CoV-2*.

Espacio normativo, el preventivo de riesgos laborales, nuclear en la actual crisis. Y de cuya importancia es muestra indiciaria el hecho de que, con el fin de proporcionar apoyo económico a las empresas, dados los importantes gastos en que incurren para garantizar la seguridad e higiene del lugar de trabajo, el Gobierno italiano les asignara un monto inicial de 50 millones de euros para la compra de dispositivos y otros equipos de protección personal<sup>61</sup>.

También muestra de su relevancia es el importante número de resoluciones judiciales tempranamente adoptadas ante la solicitud de medidas cautelares y cautelarísimas, en particular para la provisión de los EPIs en numerosos sectores y puestos en España como botón de muestra: sanitario, incluyendo el personal de los transportes sanitarios; servicios de limpieza; guardias de centros de menores; letrados de la Administración de Justicia; o el personal de centros de dependencia<sup>62</sup>. Muchos de estos colectivos como los de limpieza, transporte sanitario y personal de salud sanitario o no, contemplados ya en el *Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la Exposición al SARS-CoV-2*, de 22 de mayo de 2020.

Importancia que motiva la necesidad de operar modificaciones normativas en este espacio. Tomando como ejemplo el caso español, en lo que a las normas específicas se refiere, más allá de la aplicación general de nuestra Ley y Reglamento «marco», la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante, RSP), deberá tenerse evidentemente presente según se ha adelantado el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (en adelante, RDB) y otras normas de desarrollo reglamentario de la LPRL. En especial, y sin excluir todas las demás, por afectar a aspectos preventivos transversales (Reales Decretos 1215/1997 y 773/1997,

---

<sup>61</sup> TIRABOSCHI, M., *Il caso italiano*, página 6.

<sup>62</sup> Como ha sucedido en Cantabria con el Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, de 27 de marzo de 2020 en un supuesto particularmente grave en el CAD de Sierrallana.

sobre utilización y uso de equipos de trabajo o equipos de protección individual), a trabajadores especialmente sensibles (en general y en particular por minoría de edad, embarazo o lactancia y relaciones laborales de carácter temporal y en empresas de trabajo temporal, en este último caso son muy relevantes las previsiones de la Ley 14/1994 y el Real Decreto 417/2015) y a la coordinación de actividades empresariales (Real Decreto 171/2004).

En numerosas ocasiones esta regulación ha de precisarse mediante las «normas técnicas» a que se refiere el artículo 5.3 RSP, como las mencionadas guías. Se “trata de documentos elaborados por entidades públicas y privadas de reconocido prestigio, que no pueden considerarse fuentes del derecho en sentido subjetivo, destinados a concretar los métodos o criterios de evaluación previstos en las normas jurídicas aplicables”<sup>63</sup>.

Reflejar adicionalmente a lo anterior, brevemente, algunas ideas más. En primer lugar, parece necesario integrar esta situación en la política de prevención de riesgos empresarial y en el papel de la Inspección de Trabajo al efecto, como se ha contemplado en Perú, aprobándose un protocolo específico al efecto, creando incluso dos infracciones muy graves nuevas. La prestación de trabajo en una actividad no esencial y el incumplimiento de las normas sobre trabajo remoto<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> CORDERO GONZÁLEZ, J., “Coronavirus Sars-Cov-2 (Covid-19) y prevención de riesgos laborales: *infodemic* y análisis urgente (y preliminar) de la normativa aplicable”, *Trabajo y Derecho*, núm. 64, sección “Legislación/Observatorio temático de legislación”, abril 2020, pp. 2 y 3.

<sup>64</sup> Siguiendo a ACURIO SALAZAR, G., “Arquitectura normativa laboral ...”, p. 6” se incorpora la Novena Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y modificatorias, en los siguientes términos: Novena.- Infracciones muy graves en el marco del Estado de Emergencia Nacional y emergencia sanitaria En el marco del Estado de Emergencia Nacional y emergencia sanitaria, declarados por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y Decreto Supremo N° 008-2020-SA, constituyen infracciones administrativas muy graves que afectan el cumplimiento de las disposiciones laborales excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, las siguientes. a) Disponer, exigir o permitir el ingreso o la permanencia de personas para prestar servicios en los centros de trabajo cuya actividad no se encuentre exceptuada del Estado de Emergencia Nacional declarado por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM o para labores que no sean las estrictamente necesarias dentro del ámbito de la excepción. b) Incumplir con la regulación aplicable al trabajo remoto para trabajadores/as considerados/as en el grupo de riesgo por los períodos de la emergencia nacional y sanitaria Para dar concordancia la Superintendencia Nacional de Fiscalización

Una segunda idea estriba en subrayar la problemática generada en torno a la protección de datos personales, en particular los biométricos resultantes por ejemplo de las tomas de temperatura en países como Italia, Hungría o España, que ha aprobado protocolos preventivos destinados a su puesta en aplicación en los centros de trabajo.

Sobre el particular, hemos de recordar que el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD), contempla estas situaciones. Así, su considerando 46 advierte que ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como, a título de ejemplo, cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación. Y, a continuación, el artículo 6 del RGPD nos indica que constituye base jurídica para un tratamiento lícito de datos personales la misión realizada en interés público (art. 6.1.e) o intereses vitales del interesado u otras personas físicas (art. 6.1.d).

Tanto la Agencia Europea como la Agencia Española de Protección de Datos han elaborado informes y, en nuestro caso al menos, un repertorio de preguntas frecuentes para clarificar la aplicación de este precepto al COVID-19 (Vid. Informe AEPD 0017/2020 y FAQ)<sup>65</sup>. Y no podemos olvidar la “Declaración conjunta sobre protección de datos y privacidad en la respuesta a la COVID-19” apoyada por Naciones Unidas<sup>66</sup>.

---

Laboral, emite la Resolución de Superintendencia N° 74-2020-SUNAFIL, norma mediante la cual se aprueba el “Protocolo sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, frente a la Emergencia Sanitaria y Estado de Emergencia Nacional para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional” y dictan otras disposiciones. El 26 de marzo se emite la Resolución Ministerial N° 072-2020-TR”.

<sup>65</sup> Véase sobre el particular, Muñoz Ruiz, A.B., "[Cómo el estado de alarma impacta a la protección de datos de I@s emplead@s](https://forodelabos.blogspot.com/search?updated-max=2020-03-21T09:01:00%2B01:00&max-results=7)", 18 de marzo 2020 <https://forodelabos.blogspot.com/search?updated-max=2020-03-21T09:01:00%2B01:00&max-results=7>

<sup>66</sup> Y específicamente, además, por un sinnúmero de organizaciones pertenecientes al sistema descentralizado de Naciones Unidas, tales como la OIM, la UIT, la OCHA, la ACNUDH, el PNUD, el PNUMA, la UNESCO, el ACNUR, el UNICEF, la UNOPS, la UPU, Voluntarios de las Naciones Unidas, ONU-Mujeres, el PMA

Dada su especial situación, esta necesidad preventiva es, en tercer lugar, especialmente intensa en el caso del personal de los servicios de salud. Con pobres resultados. Situación y exposición que los sitúa, en países como España, entre los colectivos que más contagios han sufrido, consecuencia además de la insuficiencia de las medidas de protección. De ahí la razonabilidad de decisiones, como la adoptada en Uruguay, encaminadas a considerar el COVID-19 como contingencia profesional, en concreto como enfermedad profesional, para los trabajadores del ámbito sanitario<sup>67</sup>. En España, el art. 9 RD Ley 19/2020, establece que las prestaciones que causen los trabajadores de centros sanitarios o sociosanitarios que hayan contraído el virus SARS-CoV2 en el ejercicio de su profesión, se consideran derivadas de accidente de trabajo, “*al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*”<sup>68</sup>.

Por ello, no únicamente la OMS contempla indicaciones técnicas para este personal, sino que países como, destacadamente, China, han aprobado *Directrices Técnicas para la Prevención y Control de la Infección por Coronavirus en Instituciones Médicas*<sup>69</sup>. En

---

y la OMS. Declaración de noviembre de 2020. Naciones Unidas cuyo seguimiento del COVID-19 cabe ser consultado en <https://www.un.org/es/coronavirus>.

<sup>67</sup> RASO DELGUE, J. y LUJÁN CHARRUTTI GARCÉN, María del, “Uruguay: el impacto ...”, p. 4.

<sup>68</sup> Para que este precepto resulte de aplicación, el legislador exige el cumplimiento de determinados requisitos: a) que la persona trabajadora preste servicios en centros sanitarios o sociosanitarios; b) que en el ejercicio de sus funciones haya estado expuesto al virus SARS-CoV2 y así lo acredite el servicio de prevención de riesgos laborales; y c) que haya contraído la enfermedad durante el estado de alarma o durante el mes posterior a su finalización. Un extremo que se deberá acreditar mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo, pues deberá haberse expedido dentro de este concreto período de referencia. Parte de la doctrina critica este tratamiento por considerarlo perjudicial frente a su natural encaje en la enfermedad profesional. ARAGÓN SÁNCHEZ, C., “Contagio del personal sanitario: ¿accidente de trabajo? Reflexiones en torno al art. 9 RD Ley 19/2020”, *ForodeLabos* 2 de junio de 2020. Un profundo análisis sobre si el COVID-19 debe considerarse accidente de trabajo o enfermedad profesional en relación con el personal sanitario o sociosanitario en BAZ RODRÍGUEZ, J., “Capítulo XVIII. El contagio del Sars-Cov-2 al personal sanitario y sociosanitario. ¿accidente de trabajo o enfermedad profesional?” *ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* Tomo I, pp. 293 y ss. ISBN – OBRA COMPLETA: 978-84-17789-46-6 ISBN – TOMO: 978-84-17789-47-3. Sendas monografías de gran interés en relación, también, con las variaciones en la protección social y la protección de la salud laboral relacionadas con el COVID-19.

<sup>69</sup> XIAOHUI BAN, “Responding to the Impact...”, p. 7.

Italia, se procedió consecuentemente, desarrollando el Acuerdo estatal. Así, el 24 de marzo de 2020 se firma un Protocolo para la prevención y seguridad de los trabajadores de la salud, la asistencia social y los servicios sociales y de salud<sup>70</sup>.

Trabajadores de la salud que se están además viendo sometidos a una exigente intensidad de trabajo, bien vía de hecho bien formalmente disciplinada ante la nueva situación. En Francia, por ejemplo, se modifica el límite de las horas extraordinarias a realizar en todos los establecimientos que pertenecen al servicio público, en particular, de hospitales, residencias de ancianos, entidades de acogimiento de menores o de adultos con discapacidades<sup>71</sup>. En Brasil, como adicional muestra, esta jornada se amplía con la posible compensación en un plazo de 18 meses<sup>72</sup>.

### **3.2. Medidas que afectan al eje de las obligaciones principales del contrato.**

Al margen de lo anterior, cabe apreciar otras medidas adoptadas sobre las condiciones de trabajo y empleo, en particular sobre las condiciones principales de la relación laboral.

Significar, entre las que afectan al salario, la inexigibilidad de la ocupación efectiva con mantenimiento del salario. O también la invitación del Gobierno francés a las empresas a pagar una prima de 1000 euros libres de impuestos a aquellos empleados que continúan su actividad presencial, invitación que ha sido atendida por algunas empresas<sup>73</sup>. Por no citar aquellos países que, como Uruguay, han -al menos- barajado desde un prisma distinto, macroeconómico, la reducción salarial de los empleados públicos -y de las pensiones- entre un 10% y un 20% para afrontar la actual pandemia<sup>74</sup>.

Por su parte, la ordenación del tiempo de trabajo es sin duda alguna uno de los recursos más utilizados para “capear” la crisis, para tratar de amortiguar su daño a la actividad empresarial y, consiguientemente, al empleo. Sea afectando los tiempos de descanso, en particular del disfrute del derecho de vacaciones como en China, a través de la

---

<sup>70</sup> TIRABOSCHI, M., *Il caso italiano*, página 6.

<sup>71</sup> NICOLE MAGGI-GERMAIN *L'adaptation du droit...*, p. 5.

<sup>72</sup> NAHAS, T.C. Y MARTINEZ, L. “Considerações sobre as medidas...”, p. 10.

<sup>73</sup> En los términos explicados en NICOLE MAGGI-GERMAIN *L'adaptation du droit...*, p. 6.

<sup>74</sup> RASO DELGUE, J. y LUJÁN CHARRUTTI GARCÉN, María del, “Uruguay: el impacto ...”, p. 1.

distribución irregular de la jornada como en España o alterando su entidad o las reglas de orden público relativas a los descansos, como sucede en Francia o Portugal. O en Italia, si bien con una técnica diversa, como meras recomendaciones sin concesiones al poder unilateral del empleador, invitando el Gobierno a empresas y Administraciones Públicas al uso de permisos y vacaciones para evitar las suspensiones de la relación laboral e inicialmente, cuando aún eran posibles, los despidos<sup>75</sup>.

En estrecha relación con la anterior, orientada a la modulación del tiempo de trabajo si bien a través del régimen de duración de la jornada, una adicional línea de acción sintoniza con las políticas de reparto del empleo. Claramente seguida por la legislación federal estadounidense, entre otras. Francia ha optado también por fomentar el trabajo a tiempo parcial, y en un periodo muy breve de tiempo contaba ya con solicitudes de casi 100.000 empresas relativas a 1,2 millones de trabajadores. En Alemania las modificaciones legales operadas permiten, con el consentimiento del trabajador o de su representación en la empresa, reducciones de jornada hasta llegar a cero horas inicialmente entre el 1 de abril y el 31 de octubre, percibiendo, dependiendo de si tienen hijos o no, el 67% o el 60% de su salario neto. Prácticamente el 50% de los trabajadores han visto decrecer de forma notable o ligera su tiempo de trabajo en la UE 27<sup>76</sup>.

La reducción de la jornada y la elaboración de turnos de trabajo adaptados, reduciendo el número de trabajadores presentes para favorecer las normas sobre distanciamiento social en el centro de trabajo, han sido, en fin, aplicadas por algunas empresas privadas en Irán<sup>77</sup>. Y, más excepcionalmente, caso de México, contemplando la entrada escalonada a su puesto de trabajo de los funcionarios públicos<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Respectivamente, XIAOHUI BAN, “Responding to the Impact...”, p. 3; NICOLE MAGGI-GERMAIN *L’adaptation du droit...*, pp. 4 y 5; RIBEIRO, A.T. y ABRUNHOSA E SOUSA, D., “Legislação COVID-19 (Portugal)”, pp. 1 y 2; y TIRABOSCHI, M., *Il caso italiano*, página 4

<sup>76</sup>EUROFOUND, *Living, working and COVID-19: First findings*.

<sup>77</sup> YASHA SAZMAND, “Work–Life–Coronavirus–Fear” Balance in Iran’s Private Sector”. Número especial de *Noticias Cielo*, abril de 2020, página 2.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A. y HERNÁNDEZ RAMÍREZ, J.P., “La respuesta del gobierno...”, pp. 4 y 5.

### **3.3. Pandemia, estabilidad en el empleo y extinción contractual**

#### **3.3.1. Suspensión del contrato**

La imposibilidad temporal de trabajar puede acaecer por razones sanitarias o por la económica resultante de la pandemia, encontrándonos ante un amplio elenco de situaciones posibles, comprendiendo o no la ruptura del sinalagma contractual. Ya hemos visto que cabe la posible inexigibilidad de la ocupación efectiva con mantenimiento del salario.

Interesa, no obstante, destacar ahora la suspensión de la relación laboral que en muchas ocasiones lo será resultante de la conceptualización de este fenómeno como de fuerza mayor, expresa en muchos ordenamientos. Categoría que en el ámbito de las relaciones laborales ha sido tradicionalmente objeto de especial atención, siendo consecuente la afectación del régimen jurídico donde la misma se asienta (China, España, Brasil, etc.), procurando además su flexibilización en algunos casos. Suspensión que puede operar también mediante acuerdo individual, como es el caso, intuimos no tan común, de Brasil, con una reducción del salario del 25% sin posibilidad de que la retribución resulte inferior al salario mínimo federal<sup>79</sup>.

Cuando por trabajar, o fuera del trabajo, se contrae la enfermedad, o incluso en algún ordenamiento cuando se está en una situación de vigilancia equiparable en cuanto a su imposibilidad de prestar servicios, se dispensa en ocasiones un tratamiento de contingencia profesional. Por ejemplo, más allá de los vistos casos del personal sanitario, en España el aislamiento preventivo ante posible contagio o padecimiento de la enfermedad se asimila a efectos de la incapacidad temporal, supuesto suspensivo, a accidente de trabajo (art. 5 [R.D-Ley 6/2020, de 10 de marzo](#)) y de ello se derivan consecuencias importantes, como la falta de necesidad de carencia o la ausencia de obligación del a empresa de abonar los primeros días.

#### **3.3.2. Extinción contractual y desempleo**

---

<sup>79</sup> NAHAS, T.C. Y MARTINEZ, L. “Considerações sobre as medidas...”, p. 3.

Aferrándonos al valor ilustrativo de las cifras, la OIT consideró inicialmente que la pandemia generaría entre 5,3 (disminución de aumento del PIB 2%) y 24,7 millones de desempleados (disminución aumento PIB alrededor 8%), aumentando exponencialmente el subempleo sin poder además contar, en los países en desarrollo, con el “efecto amortiguador que allí suele tener el empleo por cuenta propia”<sup>80</sup>.

Datos aquéllos del informe de fecha 18 de marzo. Sin embargo, en el segundo, de fecha 7 de abril, “las estimaciones apuntan a que en el trimestre en curso (segundo trimestre), habrá una reducción de las horas de trabajo de alrededor del 6,7 por ciento, el equivalente a 195 millones de trabajadores a tiempo completo (suponiendo un trabajo de 48 horas semanales” dando por hecho, condicionándolo lógicamente a la evolución de la pandemia, que existe un alto riesgo de que se supere con creces aquella cifra de 25 millones citada. Y en el tercero, de fecha 29 de abril, la cifra anterior pasa de 195 a 305 millones<sup>81</sup>. Otros datos fueron aún peores y hablaban de una pérdida equivalente a 495 millones de empleos tiempo completo.

El último informe de la OIT, séptimo, publicado el 25 de enero de 2021, modula este impacto y habla de la pérdida en 2020 de un 8.8% del total mundial de horas de trabajo, tomando como referencia el cuarto trimestre del año 2019. Pérdida equivalente a 255 millones de trabajos a tiempo completo y que continuará aún durante el año 2021. Pérdida cuatro veces superior a la acaecida durante la crisis financiera en el año 2009 y que ha sido particularmente alta en Latinoamérica y el Caribe, sur de Europa y sureste asiático. Si bien los esquemas de protección de empleo existentes en Europa determinan que de los 114 millones de empleos efectivamente perdidos el porcentaje sea alto en América y

---

<sup>80</sup> Observatorio de la OIT, 1ª edición, El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas, 18 de marzo de 2020.

<sup>81</sup> Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Segunda edición Estimaciones actualizadas y análisis. 7 de abril de 2020. Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Tercera edición Estimaciones actualizadas y análisis. 29 de abril de 2020.

el más bajo en Europa (también en Asia central)<sup>82</sup>. Ya hemos visto, además, su impacto más alto en algunos colectivos.

Prestando atención a concretas realidades nacionales, expresivos son, sin duda, los datos de Estados Unidos, Brasil o España. En el primer caso, Peter Norlander expone que tan sólo en la semana que finalizó el 21 de marzo se constató el récord en el histórico registrado de despidos semanales, solicitando desempleo 2,9 millones de trabajadores, 5 veces más que en cualquiera de las semanas de la crisis económica financiera del año 2009. Estimándose en este país que el 42% de los despidos recientes (coincidiendo con la primera ola en Europa) constituirán pérdidas permanentes de empleo<sup>83</sup>. En Brasil, se valoraban cifras que podrían alcanzar los 40 millones de desempleados<sup>84</sup>. En marzo, en España, se destruyeron unos 834.000 empleos sólo en su segunda quincena<sup>85</sup>. La Comisión Europea ha señalado también, en algún momento de la pandemia, que nuestra tasa de desempleo alcanzará el 18,9% y pérdida del PIB del 9,4%. Las cifras, sabido es, evolucionan constantemente.

En línea con lo expuesto al analizar los colectivos vulnerables, y en sintonía con los datos ofrecidos por la OIT, algún estudio<sup>86</sup> (bien que prestando especial atención al concepto de servicios esenciales de algunos Estados de EE.UU. y de Italia), expresa que los trabajos en riesgos por el COVID-19 en la EU por corresponderse a servicios no esenciales y no poder realizarse desde casa alcanzan el 30% de los trabajos, se concentran en “lagging regions” (rezagadas); se corresponden con bajos salarios y menor seguridad; y son desproporcionalmente de jóvenes, trabajadores con bajos niveles educativos y migrantes. Genera así el COVID el riesgo de exacerbar las disparidades regionales y

---

<sup>82</sup> ILO, *ILO Monitor: COVID-19 and the world of work. Seventh edition*, pp. 1 y 2.

<sup>83</sup> BARRERO, J.M<sup>a</sup>., BLOOM, N. AND DAVIS, E.J., “COVID-19 Is Also a Reallocation Shock”. Chicago, Becker Friedman Institute for Economics at Chicago, working paper NO. 2020-59, 5 May 2020, p. 2.

<sup>84</sup> NAHAS, T.C. Y MARTINEZ, L. “Considerações sobre as medidas...”, p. 7.

<sup>85</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., artículo “EL Derecho del Trabajo en la emergencia del COVID-19”, *EL País*, 21-IV

<sup>86</sup> DANIEL GARROTE SANCHEZ, NICOLAS GOMEZ PARRA, CAGLAR OZDEN, AND BOB RIJKERS, “Which Jobs Are Most Vulnerable to COVID-19? What an Analysis of the European Union Reveals”, *Research & Policy Briefs From the World Bank Malaysia Hub*, May 11, 2020, No. 34.

socioeconómicas. Siendo destacable que, a excepción quizás de los países nórdicos, Francia y Reino Unido, que tienen con carácter general elevados porcentajes de este personal esencial, en el resto de Europa en líneas generales hay una gran desigualdad entre regiones en el seno de los Estados.

El desempleo está siendo, en fin, objeto de una especial atención desde todos los frentes posibles. En primer lugar, procurando la evitación de ciertas extinciones contractuales. Sean éstas motivadas directamente por razones sanitarias. En China, como mero ejemplo, no cabe despedir a aquellos trabajadores que son pacientes confirmados o sospechosos, que han estado en contacto cercano con ellos, durante su aislamiento o evaluación médica, o que no pueden trabajar como consecuencia de las medidas gubernamentales de aislamiento o emergencia. Lo mismo ha sucedido en Corea del Sur, como adicional botón de muestra<sup>87</sup>.

Sean éstas económicas o de fuerza mayor. Como la general prohibición del despido (individual y colectivo) por razones económicas durante todo el inicial -al menos- período de emergencia, establecida en Italia<sup>88</sup>. Esta limitación de las extinciones contractuales es también una apuesta española, excluyendo el COVID-19 como causa de los despidos por fuerza mayor o con causa económica, si bien algún pronunciamiento judicial deja entrever puntos débiles en la red de protección diseñada. Y también condicionando las exenciones de las cotizaciones a la Seguridad Social al mantenimiento del empleo durante al menos seis meses desde la reanudación de la actividad.

Una segunda técnica que atiende a esta realidad se circunscribe al ámbito de la prestación por desempleo, desde diversos ángulos. Entre otras medidas, cabría citar las siguientes: postergar (como Corea del Sur, que también reduce su entidad), reducir o eximir las cotizaciones (RRDDL 8 y 9/2020 en España, que incluyen el llamado derecho de reposición); fortalecer la entidad del subsidio por desempleo; crear prestaciones

---

<sup>87</sup> En el caso de China, véase XIAOHUI BAN, “Responding to the Impact...”, p. 4. Para Corea del Sur, JUNE NAMGOONG, “The Republic of Korea’s...”, p. 2.

<sup>88</sup> TIRABOSCHI, M., *Il caso italiano*, página 1.

asistenciales al efecto específico de atender la situación generada por el COVID-19 (China ha adoptado todas las anteriores, la exención también en relación con otras contingencias); o, en fin, en la provincia de Hubei si la tasa de despidos es inferior al 5,5%, la empresa puede beneficiarse de una devolución del 70% de sus cotizaciones por desempleo del año anterior.

Una tercera vía, sin ánimo de su agotamiento ni de prejuzgar su carácter cumulativo o único, consiste en favorecer inyecciones económicas públicas mediante fondos *ad hoc* o líneas de financiamiento de medidas preexistentes de ayuda a las empresas. Técnica utilizada en EE.UU. o Francia, como acredita la doctrina reiteradamente citada. País este último donde la idea de prohibición de los despidos se orilló en favor de la incentivación económica para mantener el empleo, financiando el Estado con ciertos condicionantes el pago de los salarios con limitaciones porcentuales y con límites de no superar 4,5 veces la entidad del salario mínimo por hora. También en EE.UU. la legislación federal adopta una serie de medidas, posiblemente tardías para los trabajadores previamente despedidos, como el establecimiento, atendiendo a la dimensión de plantilla de la empresa, bien de préstamos condonables, si se mantiene a los empleados en nómina, bien de otros préstamos, manteniendo al menos el 90% de esta plantilla.

#### **4. RECAPITULACIÓN, CONCLUSIONES Y PENSAMIENTOS FINALES.**

Finalmente, el “lobo” ha llegado. En el aullar de la “infodemia” sólo su nombre es nítido, COVID-19. Ha llegado y lo ha hecho sin anunciarse, a una sociedad sumida en una “conducta fractal”, en un letargo individual y colectivo cuyo despertar está demandando un esfuerzo titánico.

Un esfuerzo que, entendemos, cómo éste, ha de encaminarse en buena medida a favorecer el entendimiento de los patrones de esta tipología de crisis en su identidad sanitaria y en su devenir económico. Contando con la complejidad de una esquiva comprensión de la situación, ordinaria y extraordinaria al tiempo, y de una respuesta normativa cuya vigencia es, por momentos etérea, amén de desbocada y abundante.

Debe también encaminarse hacia la más completa comprensión de qué medidas, de las innumerables e ininterrumpidamente adoptadas, se muestran eficaces, previa estructuración de éstas, siquiera para la mejor comprensión de la situación que enfrentamos. Porque el lobo sigue entre nosotros. Y atisbar cuales son las claves para enfrentarlo, desde nuestra perspectiva, en la órbita laboral, es determinante...porque cuando se vaya volverá con otro nombre y otra piel y nunca será de cordero.

El COVID-19 es, posiblemente, una de las crisis sanitarias de mayor calado en la historia. Si ello no fuere -que desde luego lo es- suficientemente terrible, es más. Es también, sin lugar a dudas, una profunda crisis, no sólo sanitaria sino económica y jurídica. Es aún peor. Es una crisis social a nivel mundial. Una crisis de valores de la actual sociedad de consumo. Todas ellas es distintos grados. Acaso esta última dimensión, que comprende también una crisis de identidad y conciencia cívicas, el aspecto más relevante en su naturaleza. Afrontarla es, posiblemente, el único camino que pueda ofrecer una solución de conjunto a la par que un arma de futuro.

Disertaciones otras al margen, la crisis del COVID-19 es, ante todo, una crisis sanitaria en su identidad. Y son aspectos ligados a la salud laboral y a la necesidad de alejamiento físico interpersonal y del centro de trabajo los que pueden así identificarse como la consecuencia más propia y directa atendida desde el ámbito normativo laboral. Y, posiblemente, su mayor o más permanente legado venga conformado por la identificación de un haz o compendio de instrumentos para operar en situaciones de esta naturaleza.

La revisión de la calificación de las contingencias, en especial que no únicamente para el personal sanitario o sociosanitario. La ampliación de la protección de la incapacidad temporal a situaciones como las de confinamiento de casos sospechosos. La necesidad de repensar la crucial prevención de riesgos laborales en la empresa, entre otras líneas favoreciendo una visión más transversal de ésta y la implicación, con suficiente cobertura normativa y recursos, de la ITSS. O la actualización de las normas preventivas, como las vinculadas a riesgos biológicos, asumida técnicamente no del mejor modo en España, se

sitúan en este camino. Otras actuaciones, como la necesidad de reforzar la protección de los datos personales, particularmente problemática, la prevención de riesgos laborales del personal sanitario y sociosanitario y la erosionada salud mental, merecerán a buen seguro una profunda atención futura. La merecen ya.

Desde la óptica del alejamiento físico como remedio, el gran protagonista es desde luego el trabajo remoto, en particular el teletrabajo. Institución cuya revisión, la de sus premisas y adaptabilidad de éstas a circunstancias extraordinarias es igualmente demandada. Y ello sin olvidar que esta crisis acelera procesos, de la envolvente sociedad 4.0, en los que ya estábamos inmersos, dando vida a un tándem perverso para el trabajador más vulnerable.

Esta modalidad de prestación del trabajo, en concreto el teletrabajo, se regula usualmente en la legislación estatal, en mayor o menor detalle y presentando diversas variantes. Y con frecuencia se ha visto modificada a consecuencia de la crisis del COVID-19, que ha espoleado la atención normativa de esta institución con carácter universal, gracias, por otra parte, al margen notable de desarrollo existente en muchos países. Una atención que ha determinado, además, un fortalecimiento del poder empresarial, alterando para ello el régimen jurídico ordinario de la institución. Nuevas previsiones legales en torno a esta modalidad de trabajo que, en ocasiones, no excepcionalmente, evolucionan a lo largo de la propia pandemia.

Económicamente, sabido es, la pandemia representa una severa crisis económica, cuya gravedad y proyección laboral se ha visto exponencialmente reforzada por la necesidad de proceder a los confinamientos colectivos obligatorios de la población. También por decisiones personales de la población que determinan la reducción del consumo o por el cumplimiento de obligaciones específicas de cierre temporal o suspensión parcial de la actividad de las empresas o de los contratos de trabajo por razones varias vinculadas a la pandemia. Una situación económica que hace renacer la vieja idea de repensar el sistema capitalista y que determina que posiblemente sea la combinación de ambos, de una crisis

económica acaso sin parangón en nuestros tiempos y de una crisis de salud pública la que identifique la marca propia del COVID-19.

Es, por otra parte, evidente que los efectos económicos no serán homogéneos y que pueden incluso ser sectorialmente de signo contrario. La actual pandemia -todas- afecta en efecto, atendiendo al plano social y laboral, de forma particularmente intensa a los más vulnerables, acentuando con ello las desigualdades sociales. A las situaciones informales, a los trabajadores migrantes, a los trabajadores temporales, y, fijándonos en la condición personal, a las mujeres, pero sobre todo a los jóvenes. “Divino tesoro” que, trágicamente, no garantiza un futuro laboral digno. Finalmente, en este muestrario no exhaustivo, se ven especialmente perjudicados los trabajadores autónomos y/o microempresarios. Y, cómo no, la economía de plataformas, siempre en el ojo del huracán en nuestros días. En una realidad que clama, cada vez con una voz -siquiera interior- más alta, por la introducción más valiente de la dependencia económica en el concepto de “trabajador”. Apreciándose, por supuesto, una polarización sectorial ocupada en un extremo por sectores no esenciales, en particular dependientes de la movilidad personal, como el comercio al por mayor y al por menor o la hostelería y el sector turístico, y en el otro extremo por la actividad considerada como esencial para la sociedad.

Vivimos, pues, una crisis sanitaria y económica que determina modificaciones normativas en innumerables ámbitos de nuestra disciplina. De “Derechodemia” también se ha hablado. Desde los salarios a la necesidad de estabilidad del empleo, pasando por el desempleo y la protección frente al mismo. Y que, dado que el progreso de los derechos, también humanos, viene firmemente apegado al progreso económico-, constituye sin duda una crisis de derechos. La pérdida de patrimonio jurídico será -está siendo- a buen seguro relevante con carácter general más allá de la prestación de trabajo. En resumen, más normas y, con toda probabilidad, menos derechos.

Esta crisis se afronta con un incremento acentuado del intervencionismo -garantismo-normativo estatal en todos los órdenes. Y, en nuestro ámbito, frente al garantismo

colectivo o individual. Un garantismo normativo, siquiera por razones comprensibles, desbocado. Demandándose cada vez más prestar oídos a las sabias palabras de Gustave Flaubert en su obra *Salambó*, al manifestar aquello de que “hay que esperar cuando se está desesperado, y andar cuando se espera”. Se afronta, además, mediante la actuación conjunta e integrada de medidas *ad hoc* y la puesta en funcionamiento de previsiones legales preexistentes, abordadas con el orden y concierto -o sin ellos- propio de cada cultura jurídica y entendimiento de la responsabilidad política. Y que han resultado en la aprobación de un copioso -y aparatoso- andamiaje legal.

Este garantismo normativo, en otras palabras, público, ha sido esencialmente estatal, no apreciándose un papel especialmente relevante de la OIT, aunque sí, creciente con el tiempo, de la Unión Europea mediante consabidos instrumentos como el SURE o el “Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia” integrado en el *NextGeneration EU*. Y otros menos conocidos como a través del BEI.

Las líneas de actuación de los diferentes Estados han sido, en fin, numerosas e interconectadas. La vista y que se mueve entre la presencialidad y el trabajo remoto. El eje de actuaciones normativas que se relaciona más directamente con las obligaciones principales del contrato de trabajo. Que disocia de manera puntual, total o parcialmente, salario y prestación de trabajo. Que baraja el incremento o reducción salarial, según los casos, y flexibiliza la ordenación del tiempo de trabajo -descansos incluidos- en términos de jornada y duración de contrato, procurar en definitiva su adaptación al tempo de la pandemia. Y el eje anclado en el principio de estabilidad del empleo y tendente a evitar las extinciones contractuales. Y a hacerlo mediante la suspensión por causa económica o fuerza mayor, evitación de la extinción contractual mediante fuertes inyecciones económicas públicas, como ha efectuado EE.UU. o la propia UE, o, de no ser posible, fortaleciendo la protección por desempleo desde los más diversos ángulos. Ángulos como la reducción o exención de cotizaciones, el fortalecimiento de la entidad del subsidio por desempleo, prestaciones asistenciales *ad hoc* o con un sistema de *bonus* para las empresas.

Habría, además, que yuxtaponer en este análisis, a todas las perspectivas, la propia de la temporalidad o permanencia del cambio, en lo que nos interesa normativo. Incluida la de su aplicación continuada o cíclica -sea este ciclo probablemente no puro-, ante situaciones excepcionales de semejante índole. Pueden formularse así distintas preguntas, tales como si es necesario contemplar una disciplina presupuestaria especial pero estable a aplicar en situaciones de crisis económica. Y cuáles han de ser los indicadores económicos que determinen su puesta en funcionamiento. O si es preciso generar, igualmente, una normativa específica para atender transversalmente las pandemias-crisis económicas, quedando en suspenso fuera de éstas.

Probablemente erigir una legislación de emergencia habilitando una serie de medidas para su puesta coyuntural en práctica sea la mejor opción. Siendo éste un buen momento para su preparación y adopción o, en su caso, actualización. Teniendo, eso sí, presente que cuando el régimen jurídico precedente no se ve modificado y las nuevas previsiones legales se suman a otras anteriores, éstas y aquéllas pueden no resultar siempre íntegramente coherentes. En esta colisiva concurrencia normativa, entendemos que la especialidad de la situación actual -y consecuente régimen jurídico- ha de primar en líneas generales en la presente coyuntura y, claro, no fuera de la misma.

La pandemia constituye, en fin, una tragedia humana que repercute en todos los órdenes vitales. Un crudo despertar que gran parte de la sociedad de los países desarrollados vive como una distopía, preguntándose como Eduardo VI en “El príncipe y el mendigo” de Mark Twain ¿qué delito habré cometido para que Dios me prive de los campos, del aire libre y de la luz del cielo y me encierre aquí convirtiéndome en un rey afligido y desgraciado?<sup>89</sup>. Y quizás, acaso, porque se vive también con inusitada dureza en éstos, en el primer mundo, una opción más real que otra para actuar sobre aquellas premisas.

\*\*\*

---

<sup>89</sup> MARK TWAIN, “El príncipe y el mendigo” en su edición de Club Internacional del Libro. Madrid, 1991, p. 75. ISBN 84-7461-250-0.

# **LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO ACCIÓN PROMOTORA DE LA LIBERTAD SINDICAL**

DANIELA GARCÍA MARTÍNEZ<sup>90</sup>

Sumario:

1. Presentación
2. Objetivo general
3. Dimensión jurídica
  - 3.1. Sobre la libertad sindical
  - 3.2. Acerca de la formación profesional
4. Algunas apreciaciones doctrinarias
  - 4.1. Respecto de la libertad sindical
  - 4.2. En cuanto a la formación profesional
  - 4.3. Sobre las relaciones laborales
5. La formación profesional en las organizaciones sindicales
  - 5.1. La formación profesional en las plataformas de acción gremial
  - 5.2. La formación profesional como acumulación: trabajadores y asesores especializados
  - 5.3. La formación profesional para afiliados y trabajadores de la propia organización
6. Conclusiones

---

<sup>90</sup> Licenciada en Relaciones Laborales. Maestría (en curso) en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Docente de Facultad de Derecho, Universidad de la República.

## 1. PRESENTACIÓN

La formación profesional es un derecho fundamental de progresiva expansión en el mundo laboral; un pilar del desarrollo individual de las personas, como de las organizaciones que integran, independiente de su morfología, sus objetivos y sus fines. Su importancia realza en las guías para el trabajo decente y la mejor calidad de vida de las personas.

La libertad sindical es un principio central del derecho colectivo del trabajo, consagrado en los instrumentos internacionales de más alto rango, proclamado y reconocido en la tríada de derechos fundamentales que sostienen las relaciones colectivas en el mundo del trabajo. Aunque reviste tal carácter superior, es con frecuencia combatido y requiere poner a su disposición diversos derechos y acciones para encolumnar su vigencia.

En ese sentido, la acción sindical tiene un vínculo cada vez más visible con el derecho de la formación profesional. Las organizaciones sindicales han conjugado su quehacer gremial, con la capacidad de explorar nuevas dimensiones de su autarquía, así como fortalecer la labor de sus representantes en los distintos ámbitos del sistema de relaciones laborales.

Como objetivo general nos proponemos explorar el ejercicio del derecho de la formación profesional dentro de las organizaciones sindicales, como elemento coadyuvante de la promoción de la libertad sindical en el marco del sistema de relaciones laborales.

En el campo de lo específico nos proponemos tratar el objeto general de desarrollo en tres niveles de estudio.

- ✓ En primer lugar, concierne dar cuenta de la libertad sindical y la formación profesional en su dimensión jurídica, dado que su importancia es manifiesta en los instrumentos más distinguidos del derecho del trabajo.
- ✓ En segundo término, es nuestro interés traer a consideración algunas apreciaciones de la doctrina, con el fin de ampliar la luz en torno al objeto de estudio de la formación profesional como acción motora de la libertad sindical.
- ✓ Por último, intentaremos abordar la formación profesional en el espacio de las organizaciones sindicales, como parte de su quehacer gremial y de sus plataformas, como forma de contribuir a la formación continua de sus propios

trabajadores, así como de generar un espacio de capacitación y formación para su masa social.

## 2. OBJETIVO GENERAL

Hace una década, la OIT celebraba sus 90 años de esta manera: un mundo mejor comienza con el trabajo decente. Sobre el contexto de la primera crisis global del siglo XXI, invitaba en el 2009 a las organizaciones de trabajadores y empleadores a dar contenido a nuevo paradigma de desarrollo con centralidad en el trabajo, estrategia en el trabajo decente y promoción de empresas sostenibles.

Agregaba que, para que las empresas sean sostenibles, el diálogo social debe basarse en el respeto a la libertad sindical, de asociación y derecho a la negociación colectiva, además de reafirmar el derecho de la consulta y participación de las organizaciones más representativas en la elaboración de políticas públicas y de desarrollo con justicia social, que conlleven a la armonización dinámica de las relaciones laborales.<sup>91</sup>

Durante los festejos de su centenario, la OIT ha llamado a cumplir y revitalizar el contrato social. En el informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo, se declara en primer lugar al derecho al aprendizaje permanente, y junto a otras recomendaciones destaca la garantía universal del empleo y la protección social en toda la vida, como guía para implementar un programa centrado en las personas<sup>92</sup>. Y se agrega, que las personas y el trabajo estén en el centro de las políticas económicas y sociales y de la práctica empresarial.

Entiende además a la representación colectiva de trabajadores y empleadores como bien público, a través del diálogo social, el reconocimiento de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, robusteciendo la representatividad de las organizaciones colectivas a través de técnicas de organización innovadoras, para llegar a quienes están involucrados en economías de plataformas, o con condiciones de avances tecnológicos que impliquen la ampliación de soberanía en tiempo y espacio<sup>93</sup>. Entendemos en este último punto que se refiere a la flexibilidad laboral, al teletrabajo, y toda la gama de trabajo de plataformas que se extendido ampliamente, con las incertidumbres por desprotección social, lagunas en la representación colectiva para la defensa de sus intereses y precariedad generalizada.

---

<sup>91</sup> OIT (2009) Normas de OIT y Justicia Social. Chile. Paraguay. Uruguay. *Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2009. Pág.19 y ss.*

<sup>92</sup> OIT (2019) *Trabajar para un mundo más prometedor - Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. C 10-2020.* <https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/brighter-future/lang-es/index.htm>

<sup>93</sup> OIT (2019) *Ob. Cit.*

En la actualidad la OIT lleva adelante el Programa de Trabajo Decente, por el cual se busca promover la oportunidad de las personas de sintetizar las aspiraciones en el curso de su vida laboral, entre las que se encuentran –además del empleo con ingreso justo, seguridad y protección social–, el desarrollo personal, la integración social, la libertad de expresarse, de organizarse y participar en decisiones que les afecten en sus vidas.<sup>94</sup>

La interrogante sobre el ejercicio de la formación sindical en el ámbito de las organizaciones sindicales, la hacemos en un contexto de profundo dramatismo con el futuro del trabajo, teniendo en cuenta los vertiginosos cambios, al que se agrega la situación actual de crisis sanitaria a nivel mundial, que ha obligado a rediseñar actividades, formas de realizar el trabajo, formas de reivindicar la lucha y la defensa de los intereses gremiales, en el apoyo a políticas sociales y de protección a las personas, en un marco donde rápidamente puede incrementar la informalidad y otras formas de trabajo no deseadas y combatidas, como el trabajo forzoso, la trata de personas y el trabajo infantil.

Como se abordará en la última parte del trabajo, la formación profesional en el ámbito sindical adquiere varias dimensiones, las que están íntimamente relacionadas con la misión del sujeto colectivo, como por la defensa de los intereses de los sujetos individualmente considerados, en tanto trabajadores, representantes y representados.

### **3. DIMENSIÓN JURÍDICA**

#### ***3.1. Sobre la libertad sindical***

Corresponde realizar una presentación de la instrumentalidad con que cuenta el mundo del trabajo acerca del principio de la libertad sindical y del derecho a la formación profesional.

La libertad sindical es un derecho fundamental, central y especialmente tutelado en su ejercicio por instrumentos internacionales de la más alta jerarquía. El Maestro Plá Rodríguez nos enseñaba que no es sólo un derecho del trabajador, es de especial trascendencia y jerarquía por tener la calidad de derecho humano, reconocido por la conciencia universal, sin limitaciones ni intentos de desvirtuación de su valor por parte del legislador.<sup>95</sup>

En especial la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define la libertad sindical como centro de sus valores, consagrando su tratamiento de principio en el Preámbulo de su Constitución de 1919, en el mismo considerando y previo a reconocer –advertimos– la

---

<sup>94</sup>Programa de Trabajo Decente, OIT. Consulta 10-2020. <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>

<sup>95</sup> Raso J. y Rosenbaum J. (2020) *El Centenario de la OIT y la legislación laboral uruguaya*, en capítulo “Libertad Sindical”, pág. 61, citan a Plá Rodríguez, A. (1994) “Los derechos humanos y la OIT”, en Rev. Derecho Laboral T. XXXVII, N°173-174, Montevideo, 1994

organización de la enseñanza profesional y técnica como una de las varias medidas urgentes a tomar, para contribuir a la paz universal permanente y a la justicia social<sup>96</sup>.

El principio de libertad sindical está consagrado especialmente en la Declaración de Filadelfia de 1944, que reafirmó la vigencia de principios fundamentales de la OIT en un contexto de urgente búsqueda de la paz<sup>97</sup>.

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, reafirma y promueve la aplicación universal de cada principio de su Constitución y de la Declaración de Filadelfia, recordando en primer lugar la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva<sup>98</sup>.

La libertad sindical se ha plasmado en diversos instrumentos pertinentes, emanados de este organismo y mandatorios a los estados miembros, como son el Convenio 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, el Convenio 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, el Convenio 135 sobre la Protección Eficaz de los Representantes de Trabajadores, el Convenio 141 sobre Organizaciones de Trabajadores Rurales, el Convenio 151 sobre Relaciones de Trabajo en la Administración Pública.<sup>99</sup>

Todos los convenios mencionados han sido ratificados por Uruguay; el más reciente fue el Convenio 135 en 2013; así nuestro país no hubiera cumplido con el paso de la ratificación, en tanto fundador y país miembro de la OIT, se obliga al cumplimiento de los principios constitutivos de esta Agencia especializada de las Naciones Unidas, que también se ha expedido sobre principios y derechos fundamentales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>100</sup>, además de la integración a nuestro ordenamiento a través de los artículos 72 y 332 de nuestra Constitución<sup>101</sup>, camino por el

---

<sup>96</sup> Constitución OIT. Consulta 10-2020

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO#A1](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1)

<sup>97</sup> Declaración de Filadelfia. Ob.cit (Anexo)

<sup>98</sup> Declaración de Principios y Derechos Fundamentales. C.10-2020

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:6730116560545::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453911:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:6730116560545::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453911:NO)

<sup>99</sup> Libertad sindical, OIT. C.10-2020.

<https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/lang--es/index.htm>

<sup>100</sup> Declaración Universal DDHH – ONU. C. 10-2020

[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

<sup>101</sup> Constitución vigente Uruguay. C. 10-2020 <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>

cual ingresa toda la pléyade de instrumentos relativos al derecho internacional del trabajo y derechos humanos<sup>102</sup>.

El constituyente entendió necesario pronunciarse sobre este principio en el artículo 57 de nuestra Carta Magna, al mandar al legislador a promover la organización de sindicatos y declarando la huelga un derecho gremial, como base para reglamentar el ejercicio y efectividad de la misma. Desde la doctrina se señala que el artículo 57 debe integrarse con los artículos 7 y 54 para completar el cuadro de tutelas del derecho a la libertad sindical, atendiendo con ello el reconocimiento del derecho de honor, libertad y trabajo, su independencia de conciencia moral y cívica<sup>103</sup>

En ese sentido, Uruguay promueve en el ordenamiento jurídico laboral la ley 17940<sup>104</sup>: Libertad Sindical-Normas para su Protección, a principios de 2006, y junto a su decreto reglamentario 66/006<sup>105</sup>, fortifica la tutela del principio analizado, declarando la nulidad total ante cualquier tipo de discriminación que lo vulnere.

Además, la Declaración Sociolaboral del Mercosur presta especial atención en su capítulo de Derechos Colectivos sobre la libertad sindical, y como dato para nuestro análisis siguiente, en el capítulo de Otros Derechos se hace especial hincapié en la formación profesional, los programas de formación y otras medidas destinadas al mejoramiento de las capacidades de los trabajadores.<sup>106</sup>

### **3.2. Acerca de la formación profesional**

El derecho a la formación profesional se puede rastrear en los albores del derecho del trabajo, y está presente en los instrumentos de máxima jerarquía, gran parte de los cuales comparte mención con el principio de libertad sindical.

Desde la génesis de la OIT se incluye la formación profesional entre los objetivos principales de su misión, a partir de la promoción de derechos laborales, fomento de oportunidades de trabajo decente y fortalecimiento del diálogo para abordar temas relacionados con el trabajo.

Advertíamos su presencia en el Preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919, junto al principio de libertad sindical, donde se considera a la organización de la enseñanza

---

<sup>102</sup> Raso J. y Rosenbaum J. (2020) *El Centenario...Ob. Cit.* Pág. 80 se cita a Barbagelata, Héctor-Hugo, *La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos*, en Rev. Derecho Laboral, T LIII, N° 237, pág. 141

<sup>103</sup> Raso J. y Rosenbaum J. (2020) *El Centenario...Ob. Cit.* Pág. 62 se cita a Rosenbaum Rimolo J, *La Protección de la libertad sindical a los trabajadores*, Rev. Derecho Laboral T. XLI. N° 190.

<sup>104</sup> Parlamento Uruguayo. Ley 17940. C. 10-2020.

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2093576.htm>

<sup>105</sup> Dec. 66/006 reglamentario de ley 17940 C.10-2020 <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/66-2006>

<sup>106</sup> Declaración Sociolaboral del Mercosur. C. 10- 2020

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/6738191.HTML#art9>

técnica y profesional como uno de los objetivos de la organización, y llama a no omitir esfuerzos para mejorar la suerte de los trabajadores de los países.<sup>107</sup>

La Declaración de Filadelfia de 1944 le dedica el apartado III a una serie de consideraciones en torno a la obligación solemne de la OIT de fomentar programas relativos a lograr el pleno empleo, mejorar habilidades y conocimientos de los trabajadores, mejorar continuamente la eficiencia de la producción, la protección adecuada en todas las ocupaciones, el reconocimiento efectivo del ejercicio de la negociación colectiva, entre otros importantes objetivos.<sup>108</sup>

El derecho a la formación profesional se reconoce en la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, en su artículo 26, que toda persona tiene derecho a la educación elemental (obligatoria), así como a la educación técnica y profesional de modo generalizado, cuyo objeto será el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales. Todo lo cual nos remite a un reconocimiento del derecho consagrado.<sup>109</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tratado multilateral que fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966, reconoce en su artículo 6 el derecho a trabajar, que comprende la oportunidad de tomar un trabajo remunerado libremente, con el Estado como garante de las medidas adecuadas, entre las que se encuentran la orientación y formación técnico profesional, preparación de programas y normas que conduzcan a la ocupación plena, productiva y con las libertades garantizadas para las personas, entre las que se encuentran la libertad sindical y de asociación.<sup>110</sup>

La formación profesional está consagrada varios convenios internacionales, además de una recomendación, emanados de diversas conferencias anuales de OIT. A diferencia de los convenios de libertad sindical, no todos han sido ratificados por Uruguay. En efecto, el Convenio 88 respecto a los Servicios Públicos de Empleo (1948) y el Convenio 142 sobre la Orientación y Formación Profesional (1975) no han sido ratificados. En cambio, el Convenio 122 sobre Políticas Activas para Fomentar el Empleo y resolver el problema de Desempleo y Subempleo fue aprobado en la Conferencia de 1964 y ratificado por Uruguay en 1977. Es importante mencionar además la Recomendación 195 sobre

---

<sup>107</sup> Constitución OIT. Ob. Cit.

<sup>108</sup> Declaración de Filadelfia. Ob. Cit.

<sup>109</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. C. 10-2020

[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

<sup>110</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales C. 10-2020

[https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf)

Formación, Educación y Aprendizaje Permanente de los Recursos Humanos (2004), en la que Uruguay participó activamente en su elaboración<sup>111</sup>.

Aunque no estén ratificados por nuestro país algunos instrumentos internacionales, ingresan a través de la Constitución, en los artículos 72 y 332, tal como se mencionó para la libertad sindical.

Es importante señalar que el artículo 70 de nuestra Carta Magna declara que el Estado propenderá el desarrollo de la investigación científica y la enseñanza técnica, y por ley se proveerá de lo necesario para efectivizarlo.<sup>112</sup> En una lectura amplia, entendemos que se consagra la formación profesional también por esta vía.

En el ordenamiento jurídico interno el derecho a la formación profesional está presente en las leyes: 10449 de los Consejos de Salarios (1943), 12570 de creación del Subsidio por Desempleo (1958), 16320 de Rendición de Cuentas, donde se crea la Dirección Nacional de Empleo, la Junta Nacional de Empleo-JUNAE y el Fondo de Reconversión Laboral-FRL (1992), 18406 de creación del Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional-INEFOP (2008), 18508 sobre la Negociación Colectiva en el Sector Público (2009), 18566 sobre la Negociación Colectiva en el Sector Privado (2009) 19133 de Empleo Juvenil (2013), 19689 de Estímulo a la Generación de Empleo Juvenil (2018)<sup>113</sup>.

Se destaca además la consideración de la formación profesional (de manera directa o referencial) en varias normas de acción positiva como las leyes: 16045 de Igualdad de Trato en la Actividad Laboral (1989), 18250 de Migraciones (2008), 18651 de Protección Integral a las Personas con Discapacidad (2010), 19172 de Regulación y Control del Cannabis (2013), 19580 de Violencia hacia las Mujeres basada en Género (2017), 19684 Integral para Personas Trans (2018)<sup>114</sup>.

Mencionamos además la incorporación de la formación profesional en distintos decretos reglamentarios, entre los cuales destacamos el Decreto 291/007 de Salud y Seguridad en el Trabajo, donde específicamente se contempla la capacitación de los trabajadores y especialmente de los delegados de seguridad (2007), el Decreto 127/014 de Servicios de Prevención y Salud en el Trabajo (2014), que complementa las acciones del Decreto 291/007<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> *F. Profesional C 10-2020*

<https://www.ilo.org/Search5/search.do?searchLanguage=es&searchWhat=formaci%C3%B3n+profesional>

<sup>112</sup> *Constitución. Ob. Cit.*

<sup>113</sup> *Formación Profesional. Consulta 10-2020*

<https://www.impo.com.uy/?s=formaci%C3%B3n+profesional>

<sup>114</sup> *Formación Profesional. Ob. Cit.*

<sup>115</sup> *Formación Profesional. Ob. Cit.*

Lo anterior dista de ser una taxativa enumeración de normas atinentes directa o indirectamente a la formación profesional, aunque sí podemos afirmar que constituyen un amplio abanico de reglas donde está presente la consideración del derecho fundamental y así como su ejercicio.

#### **4. ALGUNAS APRECIACIONES DOCTRINARIAS**

##### ***4.1. Respecto de la libertad sindical***

Nos ocupa en este segmento la mirada de la doctrina, respecto a la evolución de la promoción del principio de libertad sindical y el derecho de la formación profesional.

Desde los albores del siglo XX, nuestro país ha cultivado las expectativas en el diálogo con vistas a alcanzar el bienestar social. El temprano surgimiento de la cuestión social, con la presencia de organizaciones sindicales reclamando por el mejoramiento de las condiciones de trabajo, salariales y de vida, la burguesía industrial y comercial naciente buscando caminos para afianzarse y consolidar el Uruguay moderno en contraposición con el Uruguay pastoril, como la premura de los actores políticos por aparecer en el orden mundial como nación consolidada, confluyeron en el interés de regular para mantener y crecer en el estado de bienestar, con justicia social y libertades consagradas.

Las experiencias regionales han contado con un mayor poder reglamentarista, y un posicionamiento del Estado como generador de normas laborales con poca intervención de la acción sindical. En Uruguay, señala el Prof. Rosenbaum, se presenta el poder social del sindicalismo tempranamente, y las corrientes políticas de avacismo logran encausar por la vía legislativa los diversos ámbitos de negociación, que determina la convivencia de las reivindicaciones con la tutela de los intereses.<sup>116</sup>

Es importante señalar que la realidad es más frondosa –por momentos impenetrable– que la legislación vigente, y con tendencia al desapego de la norma, así como la propensión a cambios en las reglas que detectamos, por parte de algunos actores de las relaciones laborales.

Las condicionantes del mercado global, la creciente presencia de innovación tecnológica, la gestión organizacional dinámica, y el marco de restricciones que se imponen por los vaivenes de la economía, genera el requerimiento continuo de analizar las estrategias de las acciones, especialmente las referidas a las relaciones colectivas de trabajo. Es parte de los fundamentos mencionados en la referencia a OIT, con su propuesta de promover el trabajo decente y centrado en las personas.

---

<sup>116</sup> Rosenbaum Rimolo, J. (2014). Rumbos actuales del derecho del trabajo en Sudamérica. *Derecho Laboral. Revista De Doctrina, Jurisprudencia E Informaciones Sociales*, 57(254), 197-213. Recuperado de: <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL/article/view/1059>

En ese sentido, un problema al que se enfrentan y cada vez más los sindicatos, es a la reestructuración profunda de las organizaciones, a la destrucción masiva de empleo, como también a una expansión de actividades de las que poco se sabe, con condiciones laborales dispares, aunque mayormente tienden a desarrollar la precarización<sup>117</sup>.

Es en ese marco que las acciones sindicales emergen, se asientan, con la aparición del sindicato en espacios de trabajo nuevos, a veces deslocalizados (virtuales o sin asentamiento locativo fijo), buscando hacer frente a las desigualdades y asimetrías, por medio de la reivindicación, la defensa de sus intereses, intentando a través de la negociación el mejoramiento de las condiciones.

La libertad sindical conforma una proyección de los derechos del individuo en el ámbito laboral. Según la Prof. Giuzio, la libertad sindical es un componente de las ciencias políticas, un indicador de la justicia y del ejercicio de las libertades<sup>118</sup>.

Para ello se debe manifestar el principio de libertad sindical, del cual emanan tres grandes reglas, la autarquía sindical, o sea su libertad de constitución, estructuración y desarrollo como organización, la autonomía colectiva, aquella facultad de los grupos profesionales de autorregular sus relaciones, y la regla de autotutela, como la potestad del sujeto colectivo de autoproteger sus intereses, ser su propio representante y llevar a cabo el ejercicio de derechos fundamentales, tales como la huelga, la negociación colectiva y la formación profesional, en el cual nos detenemos en este trabajo<sup>119</sup>.

Para el Prof. Rosenbaum, la autarquía sindical implica las siguientes libertades del actor sindical: reglamentación, representación, de la gestión interna y externa, de disolución y federación.<sup>120</sup>

En este punto podemos considerar junto al Prof. Baylos, a la acción sindical como el vehículo que traslada las expectativas sociales, y los ámbitos de concertación y negociación propician la influencia de los sindicatos para la toma de decisiones de regulación del mercado laboral, políticas sociales y de desarrollo<sup>121</sup>.

El Prof. Babace cita a la doctrina –Javillier– para distinguir la huelga de otros medios de acción gremial, entendiendo por éstos, las formas en que se puede expresar la libertad de actuar colectivamente que consistan en omitir o alterar la prestación laborativa con motivo de un reclamo.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> Rosenbaum Rimolo, J. *Ob. Cit.*

<sup>118</sup> Rosenbaum Rimolo, J. Notas clase, Posgrado de Derecho Colectivo del Trabajo – *Escuela de Posgrado. FDER. 2019*

<sup>119</sup> Rosenbaum Rimolo, J. Notas de clase...Cit.

<sup>120</sup> Rosenbaum Rimolo, J. Notas de clase...Cit.

<sup>121</sup> Baylos Grau, A. (1991). *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Ed. Trotta. Madrid. Pág.59

<sup>122</sup> Grupo de los Miércoles (2004) *Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez*. 1º Ed. FCU. Montevideo. Pág. 335

Aunque no es en este sentido que proclamamos la acción gremial de la formación profesional, como elemento promotor del principio de libertad sindical, entendemos que el concepto en el sentido de ser tomado por el sindicato para alterar el curso de los cambios que deterioran y precarizan, y que de algún modo pueden ser revertidos a través de la invocación al derecho de la formación, a la reivindicación de la capacitación y reconversión laboral, en suma, a la tutela del más débil en la relación de trabajo.

Es inabordable en un pequeño trabajo la mayúscula doctrina sobre tan magno principio, aunque creemos que con lo expuesto al menos contribuimos a presentar el tema.

#### ***4.2. En cuanto a la formación profesional***

El concepto es parte de la transformación de la materia, de la complejidad con la que arrastra el conocimiento aplicado al trabajo. Muchos elementos contribuyen a la evolución del concepto de formación profesional, que está indisolublemente vinculado al devenir de las sociedades, y muy en particular al sistema capitalista de producción.

Para Fernando Casanova, la historia de adquisición de conocimientos y destrezas para su aplicación en la transformación de materiales, adaptar las condiciones del entorno y producir progreso material, es parte del origen de la humanidad. Sin embargo es la división social del trabajo la que le imprime un modo práctico y de acumulación.<sup>123</sup>

El Prof. Barretto señalaba a principios del siglo XXI, citando a Ermida Uriarte, que el trabajo decente es un concepto en construcción, con un profundo contenido ético y que tiende a resaltar la importancia de los derechos del trabajador y la calidad de las condiciones de trabajo. Los condicionamientos del trabajo decente están dados por las nuevas formas de organizar el trabajo (cambio de paradigmas) y la innovación tecnológica (impacto).<sup>124</sup>

A su vez, la Prof. De la Riva en la misma línea que Barretto y Ermida, afirma que la formación profesional es un componente esencial del trabajo decente, dado que un trabajador formado tiene más posibilidades de inserción, de conseguir condiciones adecuadas de trabajo y salariales, de ejercer de mejor manera sus derechos individuales y colectivos, lo cual produce una retroalimentación virtuosa con el empleador, y el conjunto de la sociedad. Por tanto, un trabajador capacitado tiene mejores chances de empleabilidad, como también mayor chance de exigir el respeto de derechos como la protección social, la libertad sindical, medioambiente de trabajo adecuado y libre de discriminación.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> OIT/Cinterfor (2015). *Formación profesional, productividad y derecho del trabajo*. Montevideo. Facultad de Derecho/UdelaR; OIT/Cinterfor, 2015. Pág. 9 y ss.

<sup>124</sup> OIT-Barretto, Racciatti, Garmendia (2003). *El derecho de la formación profesional en el Uruguay*. 1° Ed. OIT/Cinterfor. Pág. 34-35.

<sup>125</sup> OIT/Cinterfor (2015). *Formación profesional...Ob Cit.* Pág. 61 y ss.

El Prof. Barretto sostiene que la formación profesional tiene un potencial para despertar el interés de los actores de la negociación colectiva, que crean en la contribución de este derecho fundamental como mecanismo de mejora de la productividad y competitividad de las empresas, así como facilitar la adaptabilidad en las funciones y fortalecer la carrera funcional de los trabajadores. Lo cual no siempre se ve de ese modo, y sí se utiliza como mecanismo de flexibilidad laboral.<sup>126</sup>

### **4.3. Sobre las relaciones laborales**

Estamos inmersos en un sistema de relaciones laborales. Los principios y derechos tienen su aplicación directa en la generación de normas, y a través del involucramiento de los actores en los diferentes sistemas y subsistemas del mundo del trabajo, en los métodos y procedimientos con los que se elija, se convenga o se fuerce su implementación.

Las normas del trabajo son producto del debate, diálogo y consenso entre los representantes de los diferentes actores del mundo del trabajo. La Escuela de Oxford nos enseñaba que las relaciones industriales son aquel conjunto de normas que regulan el empleo de los trabajadores, y los métodos a través de los cuales se establecen dichas normas. Éstas pueden ser formales o informales, más o menos específicas, dependerá de los procesos y métodos que los actores elijan y acepten. Los actores (empleadores y sus organizaciones, organizaciones y representaciones de trabajadores, Estado), serán partícipes de procesos conflictivos o de convergencia, de cooperación o antagonismo, según sea el contexto y los perfiles dentro del sistema.<sup>127</sup>

Para John Dunlop, un autor estudiado por la doctrina de las relaciones laborales de nuestro país, la tarea central de una teoría de relaciones industriales es explicar por qué se establecen determinadas normas, en determinados sistemas de relaciones de trabajo, y a qué se le atribuye los cambios que a su vez afectan a dichos sistemas.

Los actores (jerarquía de gerentes y sus representantes, jerarquía de trabajadores y sus voceros, organismos estatales y privados establecidos por los dos actores anteriores), se relacionan con el fin de establecer normas, teniendo en cuenta los contextos de poder (cómo se localiza y distribuye), las restricciones presupuestarias o de mercado (si la actividad es protegida o no, su nivel de competencia y competitividad), la tecnología y comunidad de trabajo (esto es todas las variables de organización del trabajo, tratamiento de cuestiones especiales del lugar de trabajo, tipo de actividad, la capacitación, entre otras). Actores y contexto interactúan con base en un cuerpo de ideas o comprensiones comunes, que permite la fijación de normas sustantivas para la reglamentación de

---

<sup>126</sup> OIT/Cinterfor (2015). *Formación profesional... Ob Cit.* Pág. 122

<sup>127</sup> Ermida Uriarte, O. (1996). *Curso Introductorio de Relaciones Laborales. Selección de lecturas.* 2º Ed. FCU. Montevideo. Pág. 28

remuneraciones, las obligaciones y desempeño de los trabajadores, los derechos y obligaciones de los trabajadores respecto de su trabajo.<sup>128</sup>

Si bien Dunlop no refiere al conflicto, de algún modo pincela un proceso dinámico, que se retroalimenta y acepta cambios, e implícitamente tiene a la libertad sindical y a la formación profesional como partes de la conformación de los actores, y del contexto en el que se inscriben para interactuar y producir normas. En la distribución del poder está la oportunidad de influir y desplegar las estrategias para llegar al acuerdo que innove en el sistema.

Más allá del carácter programático o procedimental de las normas, en el despliegue del diálogo social hay un compromiso por parte de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, como también de las instituciones estatales en contribuir al trabajo decente, en generar espacios para el progreso social, en definitiva, el desarrollo humano.

## **5. LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN LAS ORGANIZACIONES SINDICALES**

Los sindicatos en Uruguay se constituyen bajo la protección del artículo 57 de nuestra Constitución vigente, el cual reconoce el derecho a organizarse y el derecho preexistente de huelga, reconocimiento que se podrá reglamentar tanto en su ejercicio como en su efectividad<sup>129</sup>.

Podemos identificar tres dimensiones del derecho de la formación profesional en el ámbito de las organizaciones sindicales: la primera se encuentra en la plataforma de reivindicaciones y en las mesas de negociación colectiva con los demás actores del sistema; en una segunda dimensión los sindicatos han incorporado profesionales de diversas disciplinas para optimizar su actuación y la consecución de objetivos; y en un tercer plano se han generado dispositivos para la formación de sus propios trabajadores y delegados.

### ***5.1. Formación profesional en plataformas de acción gremial.***

Por todo lo anteriormente expuesto, el derecho de la formación profesional integra la lista de intereses a defender, promover e impulsar en todos los ámbitos de actuación de la organización sindical. Es parte de la hoja de ruta en una mesa de negociación a nivel de empresa, cuando se debate sobre las carreras funcionales de los trabajadores, cuando hay que discutir un sistema de evaluación de desempeño y sus variables de valuación,

---

<sup>128</sup> Ermida Uriarte, O. Ob. Cit. Pág. 32 a 46

<sup>129</sup> Aunque no es el tema abordado, decir que el año 2020 trae cambios en cuanto a los límites normativos al derecho de huelga, reflejados en la ley 19889 LUC, aprobada en julio.

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu7957275850977.htm>

calificación y recalificación, cuando se incorpora tecnología y es inminente la capacitación del personal para su aprovechamiento cualitativo, y que ésta no queda subutilizada y se transforme en un costo mayor para la organización.

La formación profesional está inserta en la descripción de los puestos de trabajo, en la inserción laboral, en la evaluación y monitoreo de los procesos, en el manejo de productividad y resultados.

Dice Fernando Vargas al respecto, que la formación se relaciona con el desarrollo económico y social, siendo la educación, la formación profesional y el aprendizaje permanente los pilares fundamentales para el empleo, para mejorar la empleabilidad y la calidad de vida, al tiempo que se contribuye al desarrollo empresarial sostenible.<sup>130</sup>

Es un tema listado en la plataforma para las negociaciones en las rondas de consejos de salarios. Al respecto recordamos que las leyes 18508 y 18566 de negociación colectiva, promueven la discusión de temas que atañen a las condiciones de trabajo, el trabajo decente y la mejora de la calidad de vida de las personas que trabajan.

Recordamos que, aunque existe el deber de negociar, sólo si hay consenso entre las partes trabajadora y empleadora se podrá acordar incorporaciones, cambios, innovaciones en lo atinente a las condiciones de trabajo, y el Estado (aunque promueva su tratamiento, como sucedió en la séptima ronda) no podrá más que encauzar la discusión y tomar nota del acuerdo o disenso en el tema.

El Estado sí podrá participar en la discusión y votación de la licencia sindical, instituto que podrá usarse con destino de formación para la negociación (como mandatan las leyes 18508 y 18566), así como para el caso de la licencia sindical para los delegados de seguridad y las comisiones bipartitas de salud laboral (en el marco del Decreto 291/007), que también se usan como horas de formación para las temáticas de salud laboral, acoso laboral y sexual, riesgos psicosociales y toda otra temática vinculada a la salud de los trabajadores.

Al respecto, hay amplia experiencia de formación de delegados en seguridad en varios sindicatos, como también desde el PIT CNT, a través de su Secretaría de Salud Laboral. El Instituto Cuesta Duarte tiene además una oferta de cursos relacionados con las distintas temáticas de negociación, como es el Curso Taller de Consejos de Salarios, Salud Ocupacional, Formación de Militantes Sindicales, Género y Formación, etc.<sup>131</sup>

Importa destacar que la Facultad de Derecho/UdelaR, en el cuerpo de docentes del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, honra un convenio firmado entre la

---

<sup>130</sup> OIT/Cinterfor (2015). *Formación profesional... Ob Cit.* Pág. 123

<sup>131</sup> Programas de formación del Instituto Cuesta Duarte del PIT CNT C 10-2020 <https://www.pitcnt.uy/el-pit-cnt/programas>

Universidad de la República y el PIT CNT, para la ejecución del curso de derecho del trabajo y relaciones laborales para dirigentes sindicales, que se imparte desde hace una década, con resultados altamente satisfactorios para todas las partes<sup>132</sup>.

Por último, mencionamos la importancia de la formación profesional en los delegados de instituciones de gestión tripartita, como INEFOP, y diversos programas de acción positiva como son Pronadis, Procladis, ProInmujer, en los que se requiere la presencia de delegados trabajadores.

### ***5.2. Formación profesional como acumulación: trabajadores y asesores especializados***

Las organizaciones sindicales tradicionalmente han tenido asesores jurídicos, económicos, y en algunos otros temas como ser salud laboral. Con el correr del tiempo, los temas se han complejizado, y las organizaciones también, lo cual ha generado la necesidad de contar con personal calificado con mayor disponibilidad hacia las tareas del sindicato.

En algunas ocasiones los asesores pasan a formar parte de la plantilla de personal de los sindicatos, en otros casos tienen una relación de asesoramiento y consulta, aunque en carácter permanente. En nuestra realidad nacional existe el Instituto Cuesta Duarte como organismo asesor del PIT CNT, la mayor organización de sindicatos del país, que a su vez es la representante en los ámbitos de mayor nivel como es el Consejo Superior Tripartito y Consejo Superior de Negociación Colectiva del Sector Público.

### ***5.3. Formación profesional para los afiliados y trabajadores de la propia organización.***

El artículo 6 de la ley 18566 establece que las partes podrán adoptar medidas para que sus negociadores tengan la oportunidad de recibir una formación adecuada, y el contenido podrá establecerse desde la organización interesada (de trabajadores o empleadores).

De igual modo, el artículo 7 de la ley 18508 entiende que las partes deberán tomar medidas para que los negociadores tengan la oportunidad de recibir una formación adecuada.

Estos artículos abren la puerta para los cursos de formación a los trabajadores sindicalizados que se integran al trabajo activo sindical (militancia), para la capacitación básica en derechos y herramientas de discusión, comunicación, negociación, conocimientos de la actividad que el sindicato entienda sean relevantes para el futuro

---

<sup>132</sup> Acuerdo marco de trabajo, que incluye extensión, enseñanza y asesoramiento, con varios servicios universitarios y el PIT CNT. C 10-2020

<http://www.universidad.edu.uy/renderResource/index/resourceId/17834/siteId/1>

dirigente sindical (como son economía política, historia del movimiento sindical, organización del trabajo, derecho laboral, seguridad social, adicciones, etc.)

Además, existen sindicatos que, dependiendo de su tamaño y forma organizativa (sindicatos únicos, de base, sectoriales, regionales, federaciones, confederaciones) tienen personal dependiente, a quienes los protege el derecho fundamental de la formación como trabajadores con expectativas y requerimientos, con el derecho a ejercer su libertad sindical y hacer uso de las oportunidades de formación como militantes sindicales y negociadores. Aunque parezca llamativo, existe y es una realidad, los trabajadores de un sindicato se organizan y tienen su propio comité sindical, con todas las proyecciones, derechos, deberes y garantías de cualquier trabajador sindicalizado.

Si bien ya había experiencias de formación sindical, la demanda ha sido creciente a partir de la innovación normativa. Como también, el auge de nuevas problemáticas ante los cambios en la organización y realización del trabajo, el cumplimiento de los derechos ya consagrados como la limitación de la jornada de trabajo y los descansos, las condiciones de seguridad e higiene, así como otras problemáticas como el acoso sexual, acoso laboral, la discriminación, el techo de cristal en las carreras funcionales por razón de género, la violencia doméstica y en el trabajo, la creciente presencia de trabajadores migrantes, la automatización del trabajo y amenaza de destrucción del empleo, y tantos etcéteras como problemas podemos detectar en las relaciones humanas, sociales y laborales.

## **6. CONCLUSIONES**

- ✓ La libertad sindical constituye un principio de máxima jerarquía en el mundo de las relaciones colectivas del trabajo, un valor central sobre el que se asientan los derechos fundamentales de las personas en torno a su vida laboral.
- ✓ La formación profesional es un derecho fundamental en expansión, dada su creciente importancia en el mundo del trabajo, pero más aún para el desarrollo de las personas.
- ✓ Tanto el principio de la libertad sindical como el derecho de la formación profesional son pilares de instrumentos internacionales, que ingresan a los ordenamientos nacionales por la vía del bloque de constitucionalidad, lo cual asegura la eficacia de su reconocimiento.

- ✓ La OIT hace expresa referencia al cumplimiento del contrato social, que deriva en un programa centrado en las personas, con énfasis en la inversión en las capacidades de las personas, en trabajo decente y sostenible, en instituciones del trabajo que, entre otros cometidos, revitalicen la representación colectiva. El contrato social es un mandato para todas las partes, estados, organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores.
- ✓ Nuestro país cuenta con los instrumentos necesarios para garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, a través de la Constitución, la legislación y la autonomía colectiva.
- ✓ La doctrina más recibida se ha expedido profusamente sobre la libertad sindical y la formación profesional, en sus vínculos y recíprocas promociones.
- ✓ El ejercicio de la libertad sindical se potencia con sujetos formados, conocedores de la realidad, de las tutelas individuales y colectivas, sabedores de su responsabilidad como representantes y representados en torno a los derechos, deberes y garantías en la vida laboral y en comunidad.
- ✓ Podemos concluir que la formación profesional cumple los requisitos de promoción de la libertad sindical en cualquier ámbito que ambos derechos fundamentales se expresen.

\*\*\*

# **ACUERDO MARCO DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EUROPEOS SOBRE LA DIGITALIZACIÓN**

**(traducción al castellano del acuerdo de junio 2020)**

**RODRIGO PALOMO VÉLEZ<sup>133</sup>**

**FERNANDA SALAZAR VÉLEZ<sup>134</sup>**

Sumario:

1. Introducción.
2. Objetivos.
3. Alcance.
4. Un proceso de asociación entre empleadores y representantes de los trabajadores.
  - a. Habilidades digitales y seguridad laboral.
  - b. Modalidades de conexión y desconexión.
  - c. Inteligencia artificial y garantía del principio de control humano.
  - d. Respeto de la dignidad humana y la vigilancia.
5. Implementación y seguimiento.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La transformación digital de la economía es un tema multifacético con grandes implicaciones para los mercados laborales, el mundo del trabajo y la sociedad en general. Los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) lo abordan de diversas formas, debido a diferentes situaciones sociales y económicas, mercados laborales, sistemas de relaciones laborales e iniciativas, prácticas y convenios colectivos existentes. La transformación digital trae beneficios claros tanto para empleadores como para trabajadores y personas que buscan empleo, en términos de nuevas oportunidades laborales, aumento de la productividad, mejoras en las condiciones laborales, nuevas

---

<sup>133</sup> Académico Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca (Chile).

<sup>134</sup> Abogada Programa de Representación Jurídica PRJ Maule (Chile).

formas de organización del trabajo y mejoras de la calidad de los servicios y productos. En general, con las estrategias adecuadas, puede conducir al crecimiento y retención del empleo.

La transformación digital también conlleva desafíos y riesgos para los trabajadores y las empresas, ya que algunas tareas desaparecerán y muchas otras cambiarán. Esto requiere la anticipación del cambio, la entrega de habilidades necesarias para que los trabajadores y las empresas tengan éxito en la era digital. Otros desafíos y riesgos están asociados a la organización del trabajo y las condiciones laborales, al equilibrio entre la vida laboral y la accesibilidad a la tecnología, incluida la infraestructura, en la economía y las regiones. También se necesitan enfoques específicos para que las *pymes* adopten la digitalización en forma que se adapte a sus circunstancias específicas.

Dado que los beneficios no son automáticos, necesitamos adaptar nuestros mercados laborales, educación y formación, y sistemas de protección social para asegurar que la transición sea mutuamente beneficiosa para empleadores y trabajadores. La UE y los gobiernos nacionales tienen un papel importante que desempeñar al garantizar que las condiciones marco permitan y ayuden a los empleadores y a los trabajadores a aprovechar las oportunidades, y dejarles espacio para encontrar soluciones adecuadas para hacer frente a los desafíos, teniendo en cuenta que son quienes mejor conocen la situación sobre el terreno y las medidas que son necesarias para beneficiar a las empresas y los trabajadores.

También es importante tener en cuenta los impactos ambientales y climáticos.

Además, se necesita un compromiso compartido por parte de empleadores, trabajadores y sus representantes para aprovechar al máximo las oportunidades y hacer frente a los desafíos con un enfoque de colaborativo, respetando los diferentes roles de los involucrados.

Este acuerdo marco es el compromiso compartido de los interlocutores sociales intersectoriales europeos, para optimizar los beneficios y afrontar los retos de la digitalización en el mundo del trabajo.

## **2. OBJETIVOS**

Este acuerdo marco tiene como objetivos:

- Sensibilizar y mejorar la comprensión de empleadores, trabajadores y sus representantes de las oportunidades y desafíos en el mundo del trabajo resultantes de la transformación digital;
- Proporcionar un marco orientado a la acción para alentar, orientar y ayudar a empleadores, trabajadores y sus representantes en el diseño de medidas y acciones destinadas a aprovechar estas oportunidades y hacer frente a los desafíos, teniendo en cuenta las iniciativas, prácticas y acuerdos colectivos existentes;
- Fomentar un enfoque de asociación entre empleadores, trabajadores y sus representantes;
- Apoyar el desarrollo de un enfoque orientado a las personas para la integración de la tecnología digital en el mundo del trabajo, para apoyar/ayudar a los trabajadores y mejorar la productividad;

Con:

- Esbozar un proceso circular dinámico conjunto, que tenga en cuenta los diferentes roles y responsabilidades de los diferentes actores, y se pueda adaptar a diferentes situaciones nacionales, sectoriales y/o empresariales, sistemas de relaciones laborales, puestos de trabajo y diferentes tecnologías/herramientas digitales;
- Destacando enfoques, acciones y medidas concretas que empleadores, trabajadores y sus representantes puedan utilizar, de acuerdo con sus necesidades y circunstancias específicas, para abordar temas como competencias, organización del trabajo y condiciones laborales.

## **3. ALCANCE**

Este acuerdo autónomo ha sido celebrado por los interlocutores sociales intersectoriales europeos y se aplica a toda la UE/EEE.

Cubre a todos los trabajadores y empleadores en los sectores público y privado y en todas las actividades económicas, incluyendo las actividades que utilizan plataformas en línea donde existe una relación laboral, según se defina nacionalmente.

Cuando nos referimos a "empresas" en este acuerdo, nos referimos a organizaciones del sector público y privado.

Al referirse a los "representantes de los trabajadores" en este acuerdo, las prerrogativas del sindicato deben ser reconocidas también a los representantes unitarios, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

#### **4. UN PROCESO DE ASOCIACIÓN ENTRE EMPLEADORES Y REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

Considerando que el objetivo general es lograr una transición consensuada mediante una integración exitosa de las tecnologías digitales en el lugar de trabajo, aprovechando las oportunidades así como previniendo y minimizando los riesgos, tanto para los trabajadores como para los empleadores, para garantizar el mejor resultado posible, varios temas deben tenerse en cuenta. Se sugiere un amplio enfoque multidisciplinario, que capture los elementos relevantes del lugar de trabajo. La mayoría de estos temas están interrelacionados y no deben tratarse de forma aislada.

Es necesario adaptar el enfoque al tamaño de la empresa, pero también hacer frente a diferentes situaciones o circunstancias en las que algunas características son las mismas para todas las empresas, independientemente de su tamaño.

Un compromiso compartido por empleadores, trabajadores y sus representantes, por un concertado y conjuntamente gestionado proceso, es importante para el éxito.

Un proceso circular, dinámico, acordado y gestionado de forma conjunta, es la forma adecuada de implementar el acuerdo, respetando los roles/responsabilidades de los diferentes actores, incluidos los representantes de los trabajadores.

La presencia o introducción de tecnologías o herramientas digitales tiene un impacto en varios temas que a menudo están interrelacionados:

- Contenido del trabajo – habilidades.

- Condiciones laborales (términos y condiciones laborales, conciliación de la vida laboral y familiar).
- Condiciones laborales (ambiente laboral, salud y seguridad).
- Relaciones laborales.
- Organización del trabajo.

Todos estos temas deben ser discutidos y tomados en cuenta en los diferentes pasos del proceso.

En relación con los temas mencionados anteriormente, los siguientes tópicos también deben discutirse y tomarse en consideración como parte del proceso:

- Habilidades digitales y seguridad laboral.
- Modalidades de conexión y desconexión.
- Inteligencia artificial (en adelante, IA) y garantía del principio de control humano.
- Respeto de la dignidad humana y la vigilancia.

**Etapas del proceso:**

- La primera etapa, de "Exploración/preparación/apuntalamiento conjunto", se trata de explorar, sensibilizar, crear la base de apoyo y el clima de confianza adecuado para poder debatir abiertamente las oportunidades y desafíos/riesgos de la digitalización, su impacto en el lugar de trabajo, y las posibles acciones y soluciones.
- La segunda etapa, de "Mapeo conjunto/evaluación periódica/análisis", es un ejercicio de mapeo que busca examinar las áreas temáticas en términos de beneficios y oportunidades (cómo la integración de la tecnología digital puede beneficiar a los trabajadores y a la empresa), y de desafíos /riesgos. En esta etapa también se identifican posibles medidas y acciones. Las *pymes* pueden necesitar asesoramiento/apoyo.
- La tercera etapa, de "Visión conjunta de la situación y adopción de estrategias para la transformación", es el resultado de los pasos anteriores. Se trata de tener un conocimiento básico de las oportunidades y desafíos/riesgos, los diferentes elementos

y sus interrelaciones, así como acordar estrategias digitales que establezcan objetivos para la empresa en el futuro.

- La cuarta etapa, de "Adopción de medidas/acciones apropiadas", se basa en la descripción conjunta de la situación. Incluye:
  - la posibilidad de probar/pilotar las soluciones previstas;
  - el establecimiento de prioridades;
  - la sincronización e implementación en fases secuenciales de duración determinada;
  - la aclaración/definición de las funciones y responsabilidades de la dirección, y de los trabajadores y sus representantes;
  - los recursos;
  - las medidas de acompañamiento, como apoyo (experto), seguimiento, etc.
- La quinta etapa, de "Monitoreo conjunto regular/seguimiento, aprendizaje y evaluación", es donde vemos el círculo completo, para una evaluación conjunta de la eficacia de las acciones y la discusión sobre si es necesario más análisis, sensibilización, apoyo o acciones.

Se proporcionará a los representantes de los trabajadores las instalaciones y la información necesaria para participar en las diferentes etapas del proceso.

**Adaptación:**

Aunque los pasos del proceso seguirían siendo idénticos, este proceso debería adaptarse a diferentes situaciones nacionales, sectoriales y/o empresariales, y sistemas de relaciones laborales, ajustando las herramientas utilizadas en el proceso, el contenido y/o las personas/ expertos involucrados.

El acuerdo reconoce que ya ha sido introducida una amplia gama de herramientas digitales, acuerdos de formación y procedimientos conjuntos por parte de los interlocutores sociales. En consecuencia, estas herramientas y procedimientos deben tenerse en cuenta en el mapeo conjunto/evaluación periódica/análisis, y donde existan preocupaciones urgentes sobre los impactos en las condiciones de trabajo y la salud y seguridad.

Es de interés para los empleadores y los trabajadores adaptar la organización del trabajo, cuando sea necesario, a la constante transformación del trabajo derivada del uso de dispositivos de trabajo digitales. Esta adaptación debiese ocurrir en una forma que respete los intereses de los trabajadores y las prerrogativas de los empleadores en términos de organización del trabajo a nivel de empresa.

#### **a. Habilidades digitales y seguridad laboral**

**Objetivo principal y factor de éxito.** El objetivo principal es preparar a las empresas y a la fuerza laboral, actuales y futuras, mediante el aprendizaje continuo, para aprovechar las oportunidades y hacer frente a los desafíos de transformación digital en el mundo del trabajo.

**Interés compartido de los interlocutores sociales.** Los desafíos y oportunidades que presenta la digitalización exigen que los interlocutores sociales tengan un interés compartido en facilitar el acceso a formación y desarrollo de habilidades de calidad y eficaces, respetando la diversidad y flexibilidad de los sistemas de formación, que varían según las diversas relaciones laborales prácticas. Esto implica el compromiso de los empleadores de utilizar la tecnología digital de manera positiva, buscando mejorar la innovación y productividad, para sostener el empleo decente a largo plazo en las empresas, mejorando las condiciones laborales. Asimismo, requieren el compromiso de los trabajadores de apoyar el crecimiento y el éxito de las empresas, reconociendo el papel potencial de la tecnología digital, si las empresas quieren seguir siendo competitivas en el mundo moderno.

**Identificación de las habilidades como desafío clave.** Un desafío clave que enfrentan los interlocutores sociales es determinar qué habilidades (digitales) y cambios de procesos son necesarios de introducir y, en consecuencia, organizar las medidas de formación adecuadas. Esto es válido para el ámbito nacional, sectorial y empresarial, en consonancia con los diferentes sistemas de relaciones laborales nacionales.

**Elementos claves:**

- Existe un interés compartido, pero una responsabilidad diferente de empleadores y trabajadores, de contribuir a la mejora y actualización de las competencias, para lograr empresas exitosas y servicios públicos de alta calidad, y una fuerza laboral debidamente capacitada.
- Es indispensable la participación de los interlocutores sociales al nivel adecuado, así como de los directores de recursos humanos y jefes de línea, representantes de los trabajadores y comités de empresa (europeos), en: motivar a los trabajadores a participar en la formación, crear marcos basados en la comunicación e información abierta, realizar consultas, y promover la participación de conformidad con los sistemas nacionales de relaciones laborales.
- Los interlocutores sociales pueden desempeñar un papel de apoyo para las empresas en sus esfuerzos por establecer planes de competencias para adaptarse a los cambios actuales y futuros. Las necesidades particulares de apoyo para las *pymes* deben ser tomadas en cuenta.
- Dependiendo del tipo de herramientas digitales introducidas y de la situación específica nacional, sectorial y empresarial, se incluirán y combinarán habilidades técnicas específicas como así una gama de habilidades y competencias transversales, como la capacidad de resolución de problemas, pensamiento crítico, habilidades colaborativas y comunicativas, de co-creación y creatividad, necesarias para la fuerza laboral. Paralelamente, las habilidades y competencias humanas y sociales, como la gestión de personas, la inteligencia emocional y el juicio deben desarrollarse y ser mejoradas.
- Han de tenerse en cuenta la velocidad del cambio en el mercado laboral, las herramientas de inteligencia, y una evaluación regular de las habilidades laborales, como parte de un enfoque de desarrollo de competencias para el aprendizaje permanente. Dichos factores son extremadamente relevantes para identificar las necesidades futuras de habilidades y elegir las medidas de formación adecuadas, en estrecha colaboración con los representantes de los trabajadores.

- Un cambio hacia una verdadera cultura del aprendizaje y la movilización de la actitud positiva de la fuerza laboral ante el cambio, son fundamentales para hacer de la transformación digital una oportunidad, minimizando los posibles riesgos.

### **Fomento de estrategias de transformación digital que apoyen el empleo:**

El acuerdo anima a los interlocutores sociales y a las empresas a introducir estrategias de transformación digital en un enfoque de asociación, para perseguir los siguientes objetivos:

- Fomentar las transiciones laborales de los trabajadores en las empresas y, más ampliamente, entre empresas y sectores, a través de la inversión en competencias que aseguren la actualización formativa y la empleabilidad continua de la población activa, y la resiliencia de las empresas;
- Proporcionar las condiciones para la transformación digital de las empresas, que conduzca a la creación de empleo, incluido el compromiso de los empleadores de introducir tecnología de una manera que beneficie al mismo tiempo el empleo, la productividad y la mejora de las condiciones laborales.

Un análisis compartido y un compromiso conjunto hacia la acción deben estar respaldados por estructuras de diálogo social, integradas por representantes de empleadores y trabajadores, para identificar y evaluar las necesidades de formación vinculadas a la digitalización.

Las medidas a considerar incluyen:

- El compromiso de ambas partes de capacitarse para hacer frente a los desafíos digitales de la empresa.
- Acceso a modalidades de formación, de conformidad con las diversas relaciones laborales nacionales y prácticas de formación, teniendo en cuenta la diversidad de la población activa, los fondos de formación/fondos sectoriales, los planes de desarrollo de competencias, etc. Las disposiciones de formación deben especificar claramente las condiciones de participación, incluyendo términos de duración, aspectos económicos y compromisos del trabajador.

- Cuando un empleador solicita a un trabajador que participe en una capacitación relacionada con la transformación digital de la empresa, aquella debe pagarse por el empleador o de conformidad con el convenio colectivo o la práctica nacional. Esta capacitación puede ser interna o externa, y llevarse a cabo en un momento apropiado, acordado por el empleador y el trabajador, y en principio durante las horas de trabajo. Si la formación tiene lugar fuera del horario laboral, debería disponerse una compensación adecuada.
- Enfoque en la formación de calidad y eficaz: esto significa proporcionar acceso a la formación pertinente, respondiendo a las necesidades de formación identificadas del empleador y del trabajador. Un aspecto clave en el contexto de la transformación digital es capacitar a los trabajadores para ayudarlos a hacer el mejor uso posible de las tecnologías digitales que se introduzcan.
- Debería promoverse la capacitación que brinde habilidades que favorezcan la movilidad entre y dentro de sectores.
- El funcionamiento de esquemas como el trabajo de corta duración, que combina una reducción de la jornada laboral con tiempos de formación, en circunstancias bien definidas.

Los interlocutores sociales deben considerar medidas en los niveles adecuados, para anticipar el impacto en el empleo y gestionar estrategias de transformación digital que favorezcan su retención y creación. Es fundamental que la tecnología digital se introduzca en consulta oportuna con los trabajadores y sus representantes, en el marco de los sistemas de relaciones laborales, para que el proceso se construya desde la confianza. Las estrategias de transformación digital deben evitar la pérdida de puestos de trabajo y la creación de nuevas oportunidades, incluso mediante la búsqueda del rediseño de puestos de trabajo. Deben garantizar que tanto la empresa como los trabajadores se beneficien de la introducción de la tecnología digital, por ejemplo, en las condiciones de trabajo, innovación, productividad y participación en las ganancias, continuidad empresarial, empleabilidad.

Las estrategias se basan en un compromiso compartido de los interlocutores sociales para:

- Capacitación y perfeccionamiento, para que los trabajadores puedan cambiarse a nuevos trabajos o adaptarse a trabajos rediseñados dentro de la empresa, en condiciones pactadas;
- El rediseño de puestos de trabajo, para permitir que los trabajadores permanezcan dentro de la empresa, en nuevos roles, si es que algunas de sus funciones o su trabajo desaparecen debido a la introducción de tecnología digital;
- El rediseño de la organización del trabajo, si es que fuese necesario, para absorber los cambios de tareas, roles o competencias;
- Una política de igualdad de oportunidades, para garantizar que la tecnología digital redunde en beneficio de todos los trabajadores. Si la tecnología digital contribuye a la desigualdad, por ejemplo, entre mujeres y hombres, este problema debe ser abordado por los interlocutores sociales.

#### **b. Modalidades de conexión y desconexión**

Es de interés para los empleadores y los trabajadores adaptar la organización del trabajo, cuando sea necesario, a la constante transformación del trabajo derivada del uso de dispositivos de trabajo digitales. Lograr claridad sobre las legítimas expectativas que se pueden depositar en los trabajadores, cuando utilizan estos dispositivos, puede ser respaldado por la negociación colectiva, a los niveles apropiados, en los Estados miembros.

La presencia y/o introducción de dispositivos/herramientas digitales en los lugares de trabajo puede proporcionar muchas oportunidades y posibilidades nuevas de organizar el trabajo de manera flexible, en beneficio de empleadores y trabajadores. Al mismo tiempo, puede crear riesgos y desafíos en torno a la delimitación del trabajo y los tiempos de trabajo.

Es deber del empleador garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. El foco debe estar en la prevención, esto es, una

cultura en la que empleadores y trabajadores participen activamente en asegurar un ambiente de trabajo seguro y saludable, a través de un sistema de derechos, responsabilidades y deberes definidos.

Las medidas a considerar incluyen:

- Acciones de formación y sensibilización;
- Respeto de las normas sobre tiempos de trabajo, teletrabajo y trabajo móvil;
- Garantías de cumplimiento de dichas acciones y normas;
- Proporcionar orientación e información a empleadores y trabajadores sobre cómo respetar las normas de tiempo de trabajo, teletrabajo y trabajo móvil, y los riesgos para la salud y seguridad de la hiperconectividad;
- Tener políticas y/o reglas claras sobre el uso de herramientas digitales para propósitos personales durante el tiempo de trabajo;
- Compromiso de la empresa para crear una cultura que evite el contacto laboral fuera de horario;
- La organización del trabajo y la carga de trabajo, incluida la cantidad de trabajadores, son aspectos clave que deben ser identificados y evaluados conjuntamente;
- El logro de los objetivos organizacionales no debería requerir una conexión fuera de horario. El respeto de la legislación sobre tiempos de trabajo y las disposiciones en los convenios colectivos y arreglos contractuales, deberían garantizar una compensación adecuada por cualquier tiempo extra trabajado;
- Procedimientos de alerta y apoyo para los trabajadores a fin de protegerse contra el perjuicio por no ser contactables fuera de horario;
- Intercambios regulares entre gerentes y trabajadores y/o sus representantes, respecto de la carga y los procesos de trabajo;
- Prevención del aislamiento en el trabajo.

### **c. Inteligencia artificial y garantía del principio de control humano**

La IA tendrá un impacto significativo en el mundo laboral del mañana. Hoy, la mayoría de las empresas europeas todavía se encuentran en las primeras etapas del uso de nuevas posibilidades basadas en IA para optimizar procesos de trabajo o crear nuevos modelos de negocios. Es fundamental explorar el diseño de aplicaciones de IA o sistemas de aprendizaje automático para el éxito económico y las buenas condiciones de trabajo.

Considerando que los sistemas y soluciones de IA tienen el valioso potencial de aumentar la productividad de la empresa, el bienestar de la fuerza laboral y una mejor asignación de tareas entre máquinas y humanos, es importante asegurarse de que no ponen en peligro la participación y las capacidades humanas en el trabajo, sino que las aumentan.

Este acuerdo establece algunas directrices y principios sobre cómo y bajo qué circunstancias debe introducirse la IA en el mundo del trabajo.

El control de los humanos sobre las máquinas y la IA debiese estar garantizado en el lugar de trabajo, y debiese respaldar el uso de aplicaciones de robótica e IA, respetando y cumpliendo los controles de seguridad y protección.

La IA confiable tiene tres componentes, que deben cumplirse durante todo el ciclo de vida del sistema y deben ser respetados en su despliegue en el mundo laboral:

- Debiese ser legal, justa, transparente, segura y protegida, cumpliendo con todas las leyes y normativas aplicables, así como con los derechos fundamentales y normas sobre no discriminación;
- Debiese respetar las normas éticas acordadas, asegurando el cumplimiento de las normas fundamentales de la UE, y;
- Debiese ser robusto y sostenible, tanto desde una perspectiva técnica como social, ya que, incluso con buenas intenciones, los sistemas de IA pueden causar daños no intencionales.

Los interlocutores sociales, en los distintos niveles, deberían explorar de manera proactiva el potencial de la tecnología digital y la IA para aumentar la productividad de la empresa y el bienestar de la fuerza laboral, incluida una mejor asignación de tareas, un

mayor desarrollo de competencias y capacidades de trabajo, y una reducción de la exposición a condiciones de trabajo nocivas.

Las posibles tensiones entre el respeto a la autonomía humana, la prevención de daños, la equidad y la fundamentación de la toma de decisiones debe ser reconocida y abordada.

Las medidas a considerar incluyen:

- Despliegue de sistemas de IA:
  - Debe seguir el principio de control humano;
  - Debe ser seguro, es decir, debiese prevenir posibles daños, mediante una evaluación de riesgos para la integridad física humana, la seguridad psicológica, los sesgos de confirmación o la fatiga cognitiva;
  - Debe seguir los principios de equidad, es decir, garantizar que los trabajadores y los distintos grupos estén libres de prejuicios injustos y discriminatorios;
  - Debe ser transparente y explicable con una supervisión eficaz. El grado en que se necesita la explicabilidad depende del contexto, la gravedad y las consecuencias. Deberán realizarse comprobaciones para evitar sistemas de IA erróneos.
- Debe protegerse la transparencia, mediante el suministro de información, cuando los sistemas de IA se utilizan en procedimientos de recursos humanos, como la contratación, la evaluación, la promoción, el despido o el análisis del desempeño. Todo trabajador afectado podrá solicitar la intervención humana y/o impugnar la decisión, junto con la prueba de los resultados de la IA.
- Los sistemas de IA deben diseñarse y operar cumpliendo con la normativa existente, incluido el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD), de modo de garantizar la privacidad y la dignidad de los trabajadores.

#### **d. Respeto de la dignidad humana y la vigilancia**

La tecnología digital y los sistemas de vigilancia de IA, junto con el procesamiento de datos, ofrecen la posibilidad de proteger el entorno de trabajo y garantizar condiciones de

trabajo saludables y seguras, al tiempo de mejorar la eficiencia empresarial. Sin embargo, también aumentan el riesgo de comprometer la dignidad del ser humano, particularmente en los casos de seguimiento personal. Esto podría conducir al deterioro de las condiciones de trabajo y el bienestar de los trabajadores.

La transparencia de los datos, junto con reglas claras sobre el procesamiento de datos personales, limita el riesgo de monitoreo intrusivo y vulneración del derecho a la intimidad.

EL RGPD establece reglas sobre el procesamiento de datos personales de los trabajadores en el contexto laboral, que deben respetarse.

Los interlocutores sociales de este Acuerdo recuerdan el artículo 88 del RGPD, que se refiere a la posibilidad de establecer, mediante convenios colectivos, normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades con respecto al tratamiento de datos personales de los trabajadores.

Las medidas a considerar incluyen:

- Permitir a los representantes de los trabajadores abordar cuestiones relacionadas con los datos, el consentimiento, la protección de la privacidad y la vigilancia.
- Vincular siempre la recogida de datos a una finalidad concreta y transparente. Los datos no deben recopilarse o almacenarse simplemente porque sea posible o para un futuro indefinido.
- Proporcionar a los representantes de los trabajadores instalaciones y herramientas digitales (por ejemplo, tableros de anuncios digitales), para que puedan cumplir con sus funciones en la era digital.

## **5. IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO**

Este acuerdo marco es una iniciativa autónoma y el resultado de las negociaciones entre los interlocutores sociales europeos, como parte de su sexto programa de trabajo plurianual para 2019-2021. En el contexto del artículo 155 del Tratado, este acuerdo marco europeo autónomo compromete a los miembros de BusinessEurope, SMEunited,

CEEP y CES (y al comité de enlace EUROCADRES / CEC) a promover e implementar herramientas y medidas, cuando sea necesario a nivel nacional, sectorial y/o de empresa, de acuerdo con los procedimientos y prácticas específicas de gestión y trabajo en los Estados miembros y en los países del Espacio Económico Europeo. Los interlocutores signatarios pueden invitar a sus organizaciones miembros en los países candidatos a implementar este acuerdo. La implementación de este acuerdo se llevará a cabo dentro de los tres años posteriores a la fecha de su firma.

El proceso de implementación debe fomentar la adopción de medidas que sean sostenibles y cuya eficacia sea evaluada por los interlocutores sociales al nivel adecuado.

Los interlocutores sociales europeos deberían aprovechar su experiencia, derivada de la aplicación de acuerdos autónomos anteriores.

Las organizaciones miembros informarán sobre la implementación de este acuerdo al Comité de Diálogo Social. Durante los primeros tres años después de la fecha de firma, dicho Comité preparará y adoptará una tabla anual que resuma la implementación en curso del acuerdo. Preparará también un informe completo sobre las acciones que deban adoptarse por los interlocutores sociales europeos durante el cuarto año. En caso de que no se presenten informes y/o implementación después de cuatro años y después de la evaluación, y con el apoyo del Comité de Diálogo Social, los interlocutores sociales europeos buscarán, conjuntamente con los interlocutores sociales nacionales de los países interesados, identificar la mejor manera de avanzar en la implementación de este acuerdo marco en los contextos nacionales.

Las partes firmantes evaluarán y revisarán el acuerdo en cualquier momento después de los cinco años siguientes a la fecha de la firma, si así lo solicita uno de ellos.

En caso de dudas sobre el contenido de este acuerdo, las organizaciones miembros involucradas pueden consultar conjunta o separadamente a las partes firmantes, quienes responderán conjunta o separadamente. Al implementar este acuerdo, los miembros de las partes firmantes evitan cargas innecesarias a las *pymes*. La implementación de este acuerdo no constituye un motivo válido para reducir el nivel general de protección otorgado a trabajadores en el ámbito de este acuerdo. Este acuerdo no menoscaba el

derecho de los interlocutores sociales a concluir, al nivel apropiado, incluido el europeo, otros acuerdos que complementen este acuerdo marco, considerando las necesidades específicas de los interlocutores sociales afectados.

\*\*\*

# **EL DIFÍCIL PAPEL DE LA MUJER EN EL EMPLEO EN EL SIGLO XXI: UNA MIRADA NECESARIA ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE LA COVID-19**

DRA. PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO<sup>135</sup>

Sumario:

1. Porqué hablamos del trabajo de mujeres
2. Precarización del trabajo femenino en la actualidad
3. Cómo ha influido la pandemia generada por la Covid-19 en las mujeres y en su trabajo.  
Regulaciones en España
4. Reflexiones finales

## **1. POR QUÉ HABLAMOS DEL TRABAJO DE LAS MUJERES**

La diferenciación entre trabajo de mujeres y de hombres viene provocada por diversos factores económicos, jurídicos y socioculturales que tienen su reflejo en el mundo actual y que condicionan la paridad de sexos y géneros en el mundo laboral, a nivel global. De ahí, que establezcamos algunas ideas iniciales para adentrarnos en el trabajo de las mujeres hoy en día y en la situación generada por la pandemia de la COVID-19, desde una perspectiva normativa, estadística y, por supuesto, social.

En primer lugar, a día de hoy, el lugar de los hombres y las mujeres en el mal llamado mercado laboral no sólo nos habla de su posición profesional, sino, también, de qué papel

---

<sup>135</sup> Profa. Titular (A.) Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, Universidad de Barcelona.

ocupan cada uno de ellos en la sociedad y en la familia. Podemos afirmar, sin lugar a equivocarnos que el derecho al empleo de las mujeres y las normativas que fomenten la igualdad y la no discriminación como derecho humano<sup>136</sup> son una cuestión económica, social, política e ideológica en todo el mundo, bastando remontarnos algunos años atrás.

La mujer se incorporó plenamente al mal llamado mercado laboral hace aproximadamente cuatro décadas y, desde entonces, su presencia ha estado plagada de prejuicios, estereotipos y actitudes discriminatorias tanto social como jurídicamente, dando lugar a una desigualdad, todavía existente, con la fuerza laboral masculina. A modo de ejemplo, las mujeres jóvenes han sido estigmatizadas por su posible maternidad o por la falta de deseo de la misma; y las mujeres más mayores, víctimas de prácticas de edadismo –discriminación por edad<sup>137</sup>-, como podemos observar en diferentes ámbitos, como los medios de comunicación, donde cada vez las periodistas son más jóvenes o, incluso, en los anuncios publicitarios, donde las mujeres más mayores –cada vez se considera mayor a más temprana edad- anuncian solo problemas (dentadura postiza, sequedad vaginal o pérdidas de orina, entre otros). La discriminación por edad según datos del Instituto Nacional de Estadística Español (en adelante, INE) es la tercera causa de discriminación en el mundo (primero el racismo y el sexismo).

Como señala la escritora Sontag, mientras los hombres maduran las mujeres envejecen<sup>138</sup> (traducción propia), a las mujeres se las percibe como mayores antes que a los hombres, y hay una tendencia global que podemos percibir que feminiza la vejez.

---

<sup>136</sup> La importancia de la Declaración de Derechos Humanos (Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A-III) es tal que, incluso, podríamos indicar que el presente trabajo se ve afectado, al menos, por los siguientes artículos: 1, 2, 4, 7, 13, 23, 24, 25 y 26.

<sup>137</sup> Dentro del colectivo de personas afectadas por este fenómeno indeseable, las mujeres son, como en la mayoría de las ocasiones, quienes más padecen las consecuencias del edadismo, pues este es sexista. Así se expresa, OLAVARRÍA RAMOS, F., “Cuando la edad no está bien vista”, *Ethic*, 4 de diciembre de 2018, accesible en: <https://ethic.es/2018/12/edadismo-discriminacion-edad/>.

<sup>138</sup> SONTAG, S., “The double standard of aging”, en WILLIAMS, J. (ed.), *Psychology of Women*, San Diego, CA: Academic Press, 1979, págs. 462-478.

En segundo lugar, se ha producido un fenómeno contrapuesto o en cierta medida contradictorio en materia de empleo, dado que el incremento de la participación de la mujer en el empleo como parte de la población activa, no ha supuesto la consecución de la igualdad con el hombre en el mundo laboral, con respecto a las condiciones de trabajo. No podemos olvidarnos de que la mujer ha trabajado siempre<sup>139</sup>, aunque ha sido durante muchos siglos invisible, entre otras cuestiones, por el tipo de trabajo y sector donde se desarrollaba -artesanía, doméstico o trabajo en el campo, por ejemplo- y la falta de registros en los mismos.

En la segunda mitad del siglo XX la evolución en Europa de la participación de la mujer en el empleo creció en casi 20 puntos porcentuales en casi todos los países, pasando de un 30% a un 45-50% en los década de los 80 y manteniéndose estable hasta la actualidad. La evolución de algunos países puede observarse en el siguiente cuadro, en cuanto a la tasa de actividad por sexos, en el que se puede apreciar cómo las mujeres ya tenían una participación del 50%, y la participación de los hombres ha permanecido de manera muy estable en poco más de dos décadas.

Cuadro 1 sobre la evolución de la participación en el empleo, por sexos, 1992-2016, en algunos países europeos. Elaboración propia.

	1992	2016
Alemania	H: 76.5% M: 54.4%	H: 82.8% M: 74.5%
España	H: 66.2% M: 32.3%	H: 69.6% M: 58.1%
Francia	H: 67.3% M: 51.3%	H: 73.8% M: 66.3%
Grecia	H: 69.5% M: 36.8%	H: 65.8% M: 46.8%
Italia	H: 71.1%	H: 71.7%

<sup>139</sup> En este sentido, puede leerse: Kessler-Harris, A. (2018), *Women have always worked: An Historical Overview*, 2ª ed. Nueva York: Feminist Press, pág. 35.

	M: 37.8%	M: 51.6%
Reino Unido	H: 74.5%	H: 83.1%
	M: 60.4%	M: 72.1%

Fuente: Eurostat.

Por su parte, en América Latina y el Caribe aunque en la década de los 90 la participación femenina era ya significativa, el incremento más visible en cuanto a la tasa de actividad en el empleo se ha producido en algunos países en tan solo 25 años, desde la década de 1990 hasta 2014 –cifras que puede servir de comparación aproximativa con los países europeos-, disminuyendo significativamente la brecha con los hombres en algunos países.

Cuadro 2 sobre la evolución de la participación en el empleo, por sexos, 1990-2014, en algunos países latinoamericanos. Elaboración propia.

	1990	2014
Argentina	H: 75%	H: 74.1%
	M: 36.4%	M: 52%
Bolivia	H: 83.1%	H: 82%
	M: 54.4%	M: 66.6%
Brasil	H: 85.1%	H: 78.7%
	M: 44.4%	M: 59.3%
Ecuador	H: 82.1%	H: 82%
	M: 32.1%	M: 56.5%
Guatemala	H: 85.8%	H: 88%
	M: 25.6%	M: 45%
México	H: 80.2%	H: 81.1%
	M: 80.2%	M: 48.1%
Uruguay	H: 75.2%	H: 74.4%
	M: 42.3%	M: 56.9%

Fuente: ONU MUJERES (2017)<sup>140</sup>

La evolución de la participación de la mujer en el mercado laboral se debe, evidentemente, al acceso de las niñas a la escuela y a estudios superiores, donde los datos reflejan a finales del siglo XX que tanto en Europa como en América Latina existe la misma proporción de mujeres que de hombres –a veces, incluso, son superiores las primera-, y los resultados de las mujeres son mejores que los de los hombres; por ejemplo, la proporción de mujeres jóvenes que estudia a tiempo completo es mayor que la de los hombres en los países latinoamericanos<sup>141</sup>.

Sin embargo, el resultado de estos datos no se traduce en mejores opciones en el mundo laboral, sino que hay ciertas discriminaciones que existen y resisten en todas las latitudes, aunque con diferentes características; nos referimos a los altos índices de desempleo femenino, las brechas salariales<sup>142</sup>, la segregación de los empleos o la división sexual del trabajo que siguen patentes.

---

<sup>140</sup> ONU MUJERES (2017): *El progreso de las mujeres en América Latina y el Caribe 2017: Transformar las economías para realizar los derechos*, ONU MUJERES, Panamá, accesible en: [https://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Divulgaci%C3%B3n/Comunicaci%C3%B3n/11\\_17\\_UN16017\\_web.pdf](https://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Divulgaci%C3%B3n/Comunicaci%C3%B3n/11_17_UN16017_web.pdf). También en Oficina Regional para América Latina y el Caribe (2019) *Panorama Laboral 2019: América Latina y El Caribe*, 1ª edición, Organización Internacional del Trabajo, impreso en Perú, accesible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_732198.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_732198.pdf). tasas de participación detalladas por países y sexo, págs. 103-104, 107-108, donde puede apreciarse la evolución desde el 2009.

<sup>141</sup> ONU MUJERES (2017), Óp. Cit., pág. 62. También puede leerse así en: OIT (2019). *Mujeres en el mundo del trabajo: Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe. Panorama Laboral Temático*, N° 5.

<sup>142</sup> ONU MUJERES (2017), Óp. Cit., pág. 31, afirma que aunque la brecha de género en materia salarial ha podido reducirse en general en todos los países latinoamericanos y del Caribe, siguen existiendo importantes diferencias al respecto. También en OIT (2019). *Mujeres en el mundo del trabajo: Retos...óp. Cit.*, se ponen de manifiesto varios indicadores que dan cuenta del progreso femenino en capital humano en América Latina y el Caribe: las mujeres reciben ingresos laborales que son, en promedio, 17 % inferiores a los de los hombres con la misma edad, educación, presencia de niños en sus hogares, presencia de otros generadores de ingresos en el hogar, condición de ruralidad y tipo de trabajo.

Pero, además, el avance en la formación de las mujeres ha generado una brecha entre las propias mujeres, pertenecientes a clases sociales diferentes, o que hayan podido o no estudiar; se da, por tanto, una coexistencia entre estas mujeres, trabajadoras precarizadas de cualquier tipo (incluyendo a las jubiladas pobres) y el incremento paulatino de las mujeres con puestos directivos, que si bien representan una minoría, se han convertido en un buen instrumento de marketing para muchas empresas.

En tercer lugar, es importante tener en cuenta en este contexto de empleo de las mujeres el fenómeno migratorio de las mismas, que migran en búsqueda de un mejor futuro para ellas o sus familias, en muchas ocasiones relacionado con la situación de crisis del propio país de origen. Si bien es cierto, el papel protagónico de la mujer dentro de las redes migratorias ha sido minimizado a lo largo de los años, dificultando su estudio<sup>143</sup>, hoy en día, cada vez con más frecuencia las mujeres emigran de forma autónoma, por motivos de mejora personal y no solo familiar.

Aunque los hombres siempre han supuesto el mayor número de migrantes en España, según los datos acumulados del Padrón Continuo (2008-2019, INE), la caída de la migración a partir de la crisis de 2012 fue muy significativa y, además, en los últimos 4 años se produjo una importante reducción de esta brecha, casi igualando las mujeres a los hombres en materia de migración en mi país. Pero, las estadísticas en tasa de desempleo siguen mostrando que son más los migrantes desempleados que la población autóctona.

Y esta migración se suma a las desigualdades y divisiones del trabajo, surgiendo nuevas discriminaciones, que segregan a la mujer migrante que es, evidentemente, un colectivo especialmente vulnerable, más expuesto a la precarización del empleo en todas sus vertientes, por actividad, por informalidad, por salarios o por tipo de contrato, entre otros.

En cuarto lugar, es necesario referirse a las responsabilidades domésticas y a su reparto entre mujeres y hombres, dado que esto es un obstáculo evidente, todavía hoy, para la igualdad

---

<sup>143</sup> Aubarell, G., “Una propuesta de recorrido bibliográfico por las migraciones femeninas en España” *Papers: revista de sociología*, 2000, Núm 60.

y no discriminación, y más allá para la equidad entre géneros. En todos los países del mundo las mujeres dedican más tiempo al hogar, independientemente de su trabajo productivo fuera del hogar y de la ocupación o del status social y económico; podríamos hablar de una inelasticidad en el caso de los hombres con respecto al tiempo dedicado al trabajo doméstico no remunerado, cuya dedicación apenas varía, tengan un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial. Si atendemos a las estadísticas, tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el Latinoamericano y en España, como país, nos encontramos con que, en parámetros como el cuidado y educación de hijos, nietos, familiares, o, incluso el tiempo dedicado a cocinar o a las labores domésticas como tal, siempre las mujeres dedican más horas a la semana, como se refleja en los siguientes cuadros.

Cuadro 3, sobre responsabilidades domésticas en el ámbito de la UE y en España (2016). Elaboración propia.

	<b>UE</b>	<b>España</b>
<b>Cuidado o Educación de Hijos</b>	H: 21 h/s M: 38 h/s	H: 23 h/s M: 38 h/s

<b>Cuidado o Educación de Nietos</b>	H: 12 h/s M: 16 h/s	H: 16h/s M: 16h/s
<b>Cuidado de otros Familiares</b>	H: 13 h/s M: 16 h/s	H: 14 h/s M: 20 h/s
<b>Cocinar u otras labores domésticas</b>	Sin datos	H: 11 h/s M: 20 h/s

Fuentes: Encuesta de Calidad de Vida 2016. Eurofound e Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE)

Además, en España, los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Mientras que, en España, las mujeres incrementan el tiempo dedicado al trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial. Por su parte, pese a que las estadísticas de países latinoamericanos no se encuentre totalmente actualizada, puede apreciarse cómo existe una importante brecha en el cuidado en función de los ingresos de la familia, pudiendo afirmarse que la mejora económica del hogar desplaza el cuidado fuera del mismo, pese a lo cual incluso en familias con ingresos más altos, el tiempo que las mujeres dedican al cuidado del hogar y familiares es el doble o más que el tiempo dedicado por los hombres.

Cuadro 4, sobre responsabilidades domésticas en algunos países Latinoamericanos, donde el trabajo no productivo engloba todas las actividades de cuidado de personas o del hogar, según los últimos datos localizados. Elaboración propia.

	<b>Trabajo doméstico no productivo (nivel más bajo de ingresos) Horas/semana</b>	<b>Trabajo doméstico no productivo (nivel más alto De ingresos) Horas/semana</b>
<b>Brasil (2012)</b>	H: 10.9 M: 28.6	H: 10.2 M: 21.5
<b>Ecuador (2012)</b>	H: 12.9 M: 45.9	H: 11.7 M: 34.9
<b>Guatemala (2011)</b>	H: 21.8 M: 59.2	H: 18.8 M: 44
<b>México (2014)</b>	H: 21.3 M: 59.9	H: 18.9 M: 43.3
<b>Uruguay (2013)</b>	H: 22.4 M: 46.7	H: 16.6 M: 29.3

Fuente: ONU MUJERES (2017)<sup>144</sup>

Esto nos permite afirmar que no existe la corresponsabilidad familiar, pese a las normas de cada país, entre otras, regulando permisos unisex para el cuidado de hijos y familiares. Y, profundizando un poco más, se observa cómo en la mujer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, se queda solo en una conciliación del trabajo con la familia, dejando de lado su vida y desarrollo personal –por falta de tiempo, entre otros factores-, lo cual repercute negativamente en su progresión como ser humano. Ahora bien, todos estos datos, más o menos actualizados, no reflejan el impacto que en los cuidados ha tenido la pandemia generada por la COVID-19, pese a que la tendencia sea clara, exponencialmente el tiempo de dedicación de las mujeres ha podido incrementarse de

---

<sup>144</sup> ONU MUJERES (2017), Óp. Cit., pág. 45.

manera exorbitada, generando una falta de discernimiento entre lo que es trabajo y no lo es.

## **2. PRECARIZACIÓN DEL TRABAJO FEMENINO EN LA ACTUALIDAD**

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) define la precarización como la acción o efecto de precarizar, entendiendo precarizar como: “Convertir algo, especialmente el empleo, en precario, inseguro o de poca calidad”<sup>145</sup>.

Son, precisamente, estas características las que mejor definen la mayor parte del trabajo de las mujeres en pleno siglo XXI y en todo el mundo.

En la actualidad, la normativa sobre igualdad y no discriminación en materia de empleo es abundante tanto a nivel internacional<sup>146</sup> como regional<sup>147</sup>. A pesar de lo cual, la existencia de la precariedad del trabajo femenino, la podemos concretar en muchos factores, sectores o condiciones, que no son novedosos, pero que no han sido corregidos o depurados, pese a los esfuerzos legislativos en algunos países. En concreto, nos referiremos a algunos de los problemas fundamentales que se detectan tanto en el plano teórico como en el práctico en el empleo de las mujeres, a saber: la informalidad laboral, el empleo en el hogar, y algunas condiciones de empleo, incluyendo el acceso al mismo.

---

<sup>145</sup> <https://dle.rae.es/precarizar?m=form>, <https://dle.rae.es/precarizaci%C3%B3n>.

<sup>146</sup> Podemos partir, como normas básicas de la Declaración de Derechos Humanos que recoge en sus art. 2 y 7, la igualdad y no discriminación. Más específicamente, la promoción de la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres se recoge en la Constitución de la OIT y en materia de condiciones de empleo en los Convenios de la OIT núm. 100,11,156 y 186, de manera significativa. Como, también, arts. 3 (igualdad y no discriminación) y 7.a.i) (trabajo de igual valor) del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

<sup>147</sup> Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 se reproduce en este mismo sentido el derecho sin discriminación a igual protección ante la Ley (art. 24). En materia de igualdad y no discriminación por remuneración, también los art. 4.3 (remuneración igual para ambos sexos) y 19.4 a) (igual remuneración para nacionales y no nacionales) de la Carta social europea de 1961; o, por ejemplo, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

## ***2.1. La informalidad laboral***

La informalidad laboral se enmarca dentro de la llamada economía sumergida o economía en la sombra, concepto este más utilizado por los economistas que por los juristas. Nos referimos así, a aquella parte de las relaciones económicas que no aparece registrada en las estadísticas oficiales y que, por tanto, no se contabiliza en indicadores como el empleo o el producto interior bruto. De ahí la dificultad de determinar la magnitud exacta del problema pues lo oculto no siempre se convierte en visible.

Como señala la OIT en la Recomendación núm. 204, la informalidad laboral es: “Toda actividad económica realizada por el trabajador y a una unidad económica, que no está cubierta o está insuficientemente cubierta por un régimen de protección formal”<sup>148</sup>.

Desde mi punto de vista es la epidemia del mundo del trabajo del siglo XXI, dado que está generalizada en todo tipo de economías y países, aunque con diferentes rasgos. En este sentido, desde la doctrina insistimos en que hay una relación de causalidad entre la desigualdad y la informalidad que va desde la primera hacia la segunda; los países con un alto nivel de desigualdad provocan un acercamiento hacia la informalidad, porque genera para los trabajadores más pobres beneficios más inmediatos, lo cual se ve agudizado por las debilidades institucionales que suelen acompañar a las economías con una alta desigualdad<sup>149</sup>.

La OIT estimaba en 2018 que 2.000 millones de personas ocupan un empleo informal<sup>150</sup>, gran parte de ellas en los países emergentes y los países en desarrollo. En África, 85,8 por ciento de los empleos son informales. La proporción es de 68,2 por ciento en Asia y el

---

<sup>148</sup> Sobre la delimitación conceptual del trabajo informal puede leerse Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2016): “Tengo trabajo pero no tengo empleo. Sobre la informalidad laboral desde una perspectiva comparada”, dentro del Libro: *XX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social: Ponencias Magistrales y Oficiales*, Editorial: Editorial Peluma, Ciudad de Guatemala (Guatemala), págs. 351-356.

<sup>149</sup> Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2016): “Tengo trabajo...”, óp. Cit., pág. 350, entre otras.

<sup>150</sup> Oficina Internacional del Trabajo (2018): *Mujeres y hombres en la economía informal: Un panorama estadístico*, Tercera edición, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, págs. 13-17, entre otras accesible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_635149.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_635149.pdf).

Pacífico, 68,6 en los Estados Árabes, 40,0 por ciento en las Américas y 25,1 por ciento en Europa y Asia Central. El último informe de agosto de 2020 publicado en este sentido no mejora en exceso dichas cifras<sup>151</sup>, teniendo en cuenta que la pandemia todavía no ha finalizado y que, desde mi punto de vista, la actual crisis que ha implicado una disminución de horas de trabajo formales puede provocar exponencialmente un incremento del sector informal.

Si bien es cierto que es una mayor fuente de empleo para los hombres (63%) que para las mujeres (58,1%), las mujeres están más expuestas al empleo informal en la mayoría de países de ingresos bajos e ingresos medios bajos y con mayor frecuencia se encuentran en las situaciones más precarias; junto con los jóvenes y migrantes componen el grueso de las personas que se encuentran en la informalidad laboral.

En España las cifras de informalidad laboral varían en función de la fuente que consultemos, de tal manera que podemos pasar de 2 a 3 millones de personas, lo que supone entre el 9-25% PIB (unos 250.000 millones de euros)<sup>152</sup> una cifra nada desdeñable.

Si bien no debemos olvidar que las cifras no son exactas, ni lo pueden ser, porque estamos hablando precisamente de algo que no sale a la luz, que es precisamente “en negro” y con la intención de que se desconozcan sus contornos, por lo que las aproximaciones debemos entenderlas, desde mi punto de vista, siempre a la baja.

Aunque existen diferentes tipos de informalidad laboral en el mundo, la personas que recurren a este sector, en su mayoría, recurren a él por situación de necesidad, por imposibilidad de encontrar un trabajo en el sector formal (por ejemplo, los migrantes); y esta situación de informalidad implica, en el ámbito laboral graves consecuencias, al menos, las siguientes, esto es:

---

<sup>151</sup> El informe puede consultarse en: ILO Monitor (2020): *COVID-19 and the world of work*. Third edition, briefing note, 29 Apr. (Geneva). Accesible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_743146.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743146.pdf).

<sup>152</sup> Estos datos pueden encontrarse en la página web del Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda, accesible en: <http://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=710>.

1) Una segmentación más del mundo del trabajo. Cuando nos referimos a la segmentación del mundo laboral –fenómeno explicado desde la década de 1970- estamos incidiendo en la idea de cómo el acceso y desarrollo de las personas en el mal llamado mercado laboral genera patrones de desigualdad, precariedad, pobreza o desempleo que responden no solo a fenómenos externos del mismo –como la educación o formación de las personas- sino a factores internos, dinámicas propias del mercado capitalista que excluye y empobrece a las personas trabajadoras<sup>153</sup>. Junto con los elementos de esta segregación ya existentes –por ejemplo, el clásico de trabajadores de *collar blue* y *collar white*- se une, uno más, el de trabajadores formales y trabajadores informales.

2) Una desprotección social y una falta de distribución de la misma. Pertenecer al sector informal del empleo implica no tener acceso a las prestaciones sociales que derivan de la participación en el trabajo registrado, tales como desempleo, maternidad/paternidad, enfermedad o, más allá, jubilación. Esto a su vez, implica que en sistema Seguridad social de reparto –como el español- la falta de contribución al sistema como trabajadores –pese a que se trabaje- implica una menor cuantía económica para distribuir en protección social a las personas que en ese momento se encuentren en contingencias protegidas, lo que redundará en cada vez más cuantías menos generosas en las prestaciones sociales del sistema.

3) Un enriquecimiento injusto por parte de la empleadora. Las empresas están obligadas al pago del salario, y de las cotizaciones sociales que por ley les correspondan, ingresando las mismas en la Seguridad social, en los términos y plazos de cada legislación. No hacerlo implica que la empresa tiene los beneficios del trabajo productivo no registrado, y, pese a que pague el salario lo hará en menor cuantía que la establecida legal y

---

<sup>153</sup> En este ámbito, puede leerse un interesante estudio sociológico sobre las causas de esta segmentación en países como Argentina y España en los que, pese a las diferencias, existe un mismo patrón, un mecanismo general en el mal llamado mercado laboral, fruto del capitalismo, que genera desigualdades de todo tipo en el ámbito del trabajo productivo: López-Roldán, P.; Fachelli, S. (2017): “Desigualdad y segmentación en los mercados de trabajo de España y Argentina”. Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, Vol. 4, 15-33. <http://dx.doi.org/10.5565/rev/aiet.51>, págs. 17, 18 o 21, entre otras.

convencionalmente, apropiándose, además, de las cuotas de Seguridad social correspondientes a ese trabajo no registrado.

Por otra parte, dentro del trabajo informal quedaría incluido el trabajo no profesional del cuidado, también denominado cuidado informal. En este sentido, nuestra sociedad ha asumido que este cuidado es cosa de mujeres y se ha convertido en una barrera más de género ante la insuficiencia o ausencia de una respuesta pública, porque supone un mayor gasto público quizá. Por otra parte, las mujeres con renta suficientes han traspasado parte de este trabajo familiar doméstico, como indicábamos previamente, a migrantes, fundamentalmente mujeres, cuya única opción de empleo es el empleo informal, con lo que el problema no se ha solucionado ni mucho menos, sino que adquirido dimensiones más amplias, globalizándose.

## ***2.2. El sector de los empleados y empleadas de hogar***

En relación con el empleo al servicio de un hogar familiar debemos fijar la atención, en primer lugar, en que es un actividad fuertemente feminizada, o en otros términos, el paradigma de la pobreza laboriosa feminizada. Nos encontramos ante un sector que, a nivel mundial, se ve expuesto a la informalidad, a la parcialidad en el contrato y a bajos salarios, pese a las mejoras que hayan podido producirse en algunos países en este sentido<sup>154</sup>.

Con carácter general, las actividades que quedarían incluidas dentro del trabajo doméstico –sin particularizar en las legislaciones de cada país- abarcarían desde la limpieza y

---

<sup>154</sup> En España en los últimos dos años, el Salario Mínimo Interprofesional ha crecido significativamente en casi 200 euros. El Salario Mínimo Interprofesional en 2020 se fijó de forma oficial en 950€/mes, tras la publicación del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, para todo tipo de trabajadores/as, y con independencia de su modalidad contractual o del sector al que se dediquen.

atención del hogar, hasta el cuidado de miembros de la familia –incluyendo las mascotas–, o la jardinería, entre otros.

La OIT se refiere a los empleados de hogar como toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico y estima que existen al menos 67 millones de trabajadores domésticos mayores de 15 años de edad en todo el mundo, el 80 por ciento de los cuales son mujeres<sup>155</sup>. Aproximadamente el 17 por ciento de los trabajadores domésticos son trabajadores migrantes.

En España las estimaciones son un poco más complejas. Según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad social y Migraciones en octubre de 2020 había 322.373.01 personas, de las cuales un 94% eran mujeres y un 6% hombres; personas extranjeras fuera de la Unión Europea, 121.684,08. Según el propio sistema de Seguridad social, dentro del sistema formal solo hay 394.171 personas afiliadas, un 95% mujeres, un 5% hombres y en total un 42% de origen extranjero de país no comunitario. De acuerdo a la Encuesta de Población Activa de 2019, las personas que estaban ocupadas en el sector eran 580.500 personas, solo un 86% de mujeres, pero, en total, 320.000 a tiempo parcial<sup>156</sup>. Para el Sindicato Estatal de Trabajadoras del Hogar y los Cuidados (SINTRAHOCU, primer sindicato a nivel estatal creado en octubre de 2020) la cifra asciende a 600.000 personas. Y, según el Sindicato Unión General de Trabajadores (en adelante, UGT) estaríamos hablando de 1 millón de personas, contando tanto aquellas que se encuentran en el sector formal como en el informal<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> OIT (2020), *ILO Global Action Programme on Migrant Domestic Workers*, disponible en: <https://www.ilo.org/global/topics/care-economy/domestic-workers/lang-es/index.htm#:~:text=Con%20arreglo%20a%20esta%20definici%C3%B3n,trabajadores%20dom%C3%A9sticos%20son%20trabajadores%20migrantes>.

<sup>156</sup> Según datos estadísticos oficiales de España (EPA), el porcentaje de personas que se dedican a esta ocupación sin estar dadas de alta en la Seguridad Social ascendía en 2015 a un 25%; y aunque ese porcentaje experimentó un ligero descenso en los años siguientes, en 2017 volvió a incrementarse alrededor de un 9%.

<sup>157</sup> Estos datos se pueden revisar en su página web: <https://www.ugt.es/empleadas-de-hogar>.

Esto nos hace de nuevo incidir en que dentro de las personas que se dedican al cuidado del hogar existe una gran informalidad laboral, o como indica la OIT las estadísticas oficiales tienden a subestimar el número de trabajadores domésticos en todos los países.

El trabajo doméstico también es una fuente importante de ingresos para las mujeres, el 14% de las mujeres asalariadas en América Latina y el 11% en Asia, por ejemplo.

Por otra parte, se prevé que el sector crezca en los próximos años por el envejecimiento de la población y el incremento de los cuidados, tanto de las personas como de los hogares. La Organización de Naciones Unidas estimaba en 2015 que el porcentaje de personas a partir de la edad de 60 años se multiplicará por 1,8 en 2050 y por 2,3 para 2100<sup>158</sup>, en comparación con 2015.

En la actualidad, en España, esta actividad se regula a través del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar<sup>159</sup>, incluyéndose todos los servicios o actividades prestados para el hogar familiar tanto en “(...) *tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos*” (art. 1.4 RD 1620/2011).

Esta norma supuso una mejora significativa con respecto a la existente con anterioridad en España<sup>160</sup>, porque tiende a aproximar los derechos de este tipo de trabajadores y los de

---

<sup>158</sup> Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (2015): “Envejecimiento”, accesible en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/ageing/index.html>.

<sup>159</sup> BOE núm. 277, de 17/11/2011.

<sup>160</sup> La norma que existía previamente era el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1985.

una relación común y a exigir la forma escrita para dotarlo de mayor seguridad jurídica en los mismos términos que una relación laboral común (art. 5 RD 1620/2011).

Esta cuestión se aprecia también en materia de tiempo de trabajo, donde la jornada máxima podrá ser en el empleo en el hogar de 40 horas a la semana, exactamente igual que la de una persona trabajadora con relación común, pudiéndose, eso sí, exigir, como máximo 20 horas semanales de presencia a los empleados/as de hogar (art. 9 RD 1620/2011). Además, se establece el descanso de 12 horas obligatorio entre jornadas, también en el mismo sentido que una persona trabajadora común.

Pese a esta limitación del tiempo de trabajo a nivel legal no es fácil su control, primero porque el domicilio es inviolable (art. 18.2 de la Constitución española<sup>161</sup>), lo que dificulta el acceso de la inspección de trabajo a su interior; y, también, por lo que se refiere a los empleados que desarrollan su trabajo como “internos”, es decir aquellas personas que viven en el mismo hogar donde desempeñan su trabajo, siendo el alojamiento una parte de su salario, que nunca, eso sí, puede disminuir la cuantía económica del SMI. Es aquí donde las jornadas laborales pueden ser interminables como se denuncia por parte de las asociaciones de servicio doméstico existentes, cercanas a situaciones de semiesclavitud.

Dentro de las condiciones de trabajo destacables de este colectivo, nos referimos al tipo de contrato, que puede ser celebrado a tiempo completo o parcial, y de manera determinada o indefinida (arts. 5.2 y 6.1 RD 1620/2011). La proporción de contratos a tiempo parcial cuadriplica las del resto de personas trabajadoras, señalándose que los índices de parcialidad voluntaria son superiores, un 80%, mientras que en el resto de actividades laborales esta se sitúa en un 55 %. Evidentemente esto sitúa a estos trabajadores, como señalaremos a continuación, muy próximos a los umbrales de pobreza; como ha puesto de manifiesto la actualización a finales del 2019 de un estudio realizado por Oxfam Intermón y el Laboratorio de Derecho Social del Instituto

---

<sup>161</sup> El art. 18.2 CE reza así: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

Universitario de Género de la Universidad Carlos III de Madrid<sup>162</sup>, la tasa de pobreza de las empleadas de hogar (en femenino) supera en más del doble la media de los trabajadores asalariados (16,3%). A esta situación se unen sus condiciones salariales; pese a las mejoras paulatinas experimentadas en el incremento de los mínimos salariales, al igual que todos los sectores, el pago de cada hora de trabajo se situaba en 2018 en 5.54 €, en 2019 en 7.04 y en 2020, en 7.43 €.

Y, a todo esto, se suma el problema de la nacionalidad, según un informe del sindicato UGT, el 42% del total de afiliadas al Sistema Especial de Seguridad social de Empleados de Hogar son mujeres de nacionalidad extranjera, la mayoría provenientes de países de Latinoamérica, lo que podría dar lugar a una discriminación múltiple; para las extranjeras en España encontrar otro trabajo suele ser muy difícil por los trámites administrativos para regularizar u homologar estudios de sus países. Además, la normativa, propicia la existencia de la informalidad laboral, porque una mujer que viene sin red de apoyo y con una situación administrativa irregular se aboca a lo primero que encuentra, y es el trabajo del hogar.

Por último, el contrato formal de empleados de hogar no cotiza a la Seguridad social por el concepto de desempleo, lo que significa que estas personas, al finalizar su contrato de manera involuntaria conforme a nuestra normativa, no tendrían prestación de desempleo, al contrario que las personas trabajadoras en una relación laboral común. En este sentido, la Disposición adicional segunda del RD 1620/2011 preveía la creación de un grupo de expertos, al mes de la entrada en vigor de la norma, con el objeto de estudiar con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 entre otras la evaluación del impacto del régimen

---

<sup>162</sup> Este y otros datos pueden leerse en: Oxfam Intermón y el Laboratorio de Derecho Social del Instituto Universitario de Género de la Universidad Carlos III de Madrid (2019), “Si estuviera legalmente remunerado, el empleo del hogar en España equivaldría al 2,8% del PIB”, accesible en: <https://www.oxfamintermon.org/es/publicacion/legalmente-remunerado-empleo-hogar-espana-pib>.

de extinción del contrato y la protección por desempleo de este colectivo. Comisión e informe que no han sido llevados a cabo todavía en el 2020.

Gran parte de estas deficiencias podrían solventarse con la ratificación de España del Convenio nº 189 de la OIT 2011 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos y la Recomendación nº 201 que lo acompaña. Entre otras cuestiones significativas del Convenio, que sí han ratificado otros países como Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Italia, Portugal o Uruguay, se encuentran las que destacamos a continuación, a saber:

- 1) Una protección efectiva contra cualquier clase de abuso, acoso y violencia (art. 5). Teniendo en cuenta que, en este sector, las personas se encuentran más expuestas este tipo de situaciones de poder, actitudes clasistas, machistas, racistas y xenófobas, antes del Convenio nº 190 (2019) la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, este Convenio era una herramienta adecuada para erradicar este tipo de comportamientos indeseables.
- 2) Unas condiciones de trabajo equitativas y de trabajo decente (art. 6). Como hemos podido comprobar en España a pesar de las limitaciones de tiempo de trabajo y la tendencia a la equiparación con los trabajadores de una relación común no es fácil detectar y erradicar los abusos, tendiendo a la pobreza generalizada de las personas que trabajan en el sector.
- 3) Un entorno de trabajo seguro y saludable (art. 13). La aplicación de normas mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo garantizaría una prevención de riesgos laborales adecuada en un sector donde hay riesgos específicos –tanto físicos como psíquicos- y que hasta ahora solo han encontrado cobijo –limitado, eso sí- en la labor de los órganos judiciales.
- 4) Unas condiciones en material de protección social no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general (art. 14). Algo que en España implicaría dignificar el trabajo doméstico, al no establecer, como se hace, de manera

absolutamente discriminatoria, la carencia de prestación de desempleo de este colectivo, fuertemente feminizado y que condenan a las mujeres a la pobreza y al riesgo de la misma, en un círculo vicioso de difícil salida.

### ***2.3. Algunas condiciones de empleo de la mujer***

Las dificultades de la mujer en el empleo son múltiples y variadas y podrían dar lugar a un desarrollo más extenso y particularizado de la materia. En este apartado se quieren poner de relieve, brevemente, solo algunos de los problemas más acuciantes a ojos de la autora, comenzando por el mismo acceso al empleo.

En primer lugar, como he dicho recientemente, “la búsqueda de empleo para las mujeres en pleno siglo XXI es una actividad de riesgo”<sup>163</sup>, pues en los propios anuncios o ofertas de empleo a lo largo y ancho de este mundo se recogen condiciones de empleo o características de la empleada (entre otros, tez blanca, tacha de pecho, peso, sin hijos o cargas familiares o “un poco puta”) que no solo vulneran toda la normativa nacional e internacional que conocemos<sup>164</sup>, sino que –con cita a mi misma- atentan directamente contra la libertad y dignidad de las personas, ejerciendo una violencia con serias implicaciones económicas: o aceptas las condiciones del “trabajo” o te expones a la pobreza. En España, el Ministerio de Trabajo y Economía social anunció en el mes de febrero de 2020 una “Ley de Trabajo responsable”, pero, todavía no se ha publicado nada más al respecto.

---

<sup>163</sup> Burriel Rodríguez-Diosdado, P, (2020): “25 Noviembre: la violencia de género en el ámbito laboral no es invisible”, 26 noviembre 2020, El Obrero, accesible en: <https://elobrero.es/opinion/58984-25-noviembre-la-violencia-de-genero-en-el-ambito-laboral-no-es-invisible.html>.

<sup>164</sup> Sobre la normativa y situaciones de violencia de género en el ámbito laboral, puede leerse el completo estudio de Bernal Santamaría, F., (2020): “Violencia de género en el ámbito laboral: los prototipos de acoso sexual y de acoso sexista en el trabajo”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 57 (2020), págs. 410-413, entre otras.

En segundo lugar, junto con el techo de cristal, cuando hablamos de las dificultades de la mujer para ocupar altos cargos directivos en las empresas emerge el fenómeno denominado “paredes de cristal”<sup>165</sup>, que establece una segmentación por género –una más-, por la falta de amplitud en la experiencia de las mujeres en la gestión. Es decir, la tendencia mundial es asignar a las mujeres funciones específicas, concentrándolas en solo algunos de los aspectos de un puesto. De esta manera, por mucho tiempo de experiencia que pueda tener una mujer en un cargo cercano a la dirección, nunca poseerá la experiencia completa, amplia, en la gestión, limitándose, así, la experiencia y el conocimiento completo de las mujeres; mientras que a un hombre la tendencia es asignarle todas y cada una de las funciones posibles de un puesto de trabajo homogéneo. Esto repercute en el desarrollo profesional y económico de las mujeres.

Y, en tercer lugar, y en relación con este último, aparece la brecha salarial entre mujeres y hombres. En ninguna parte del mundo existe la igualdad entre las retribuciones entre ambos sexos<sup>166</sup>, si bien no es un fenómeno con contornos fáciles de explicar, pues influyen muchos factores –segregación ocupacional, sectores de bajos salarios feminizados, complementos salariales de imposible obtención para las mujeres, etc.- queremos poner en evidencia solo algunos datos.

En América Latina y el Caribe las mujeres ganan un 84% del salario de los hombres<sup>167</sup>. En Europa<sup>168</sup>, la brecha se sitúa en una media de un 14.1% menos, y en España, aunque

---

<sup>165</sup> Para una definición más completa de la brecha y las paredes de cristal, puede leerse: El Economista (2018): “Las mujeres y el mercado laboral: techos y paredes de cristal”, 8 de marzo 2018, El Economista, accesible en: <https://eleconomista.com.ar/2018-03-mujeres-techos-paredes-cristal/>.

<sup>166</sup> Recordemos, El concepto de “trabajo de igual valor” del Convenio 100 OIT va más allá de “trabajo igual”. Una remuneración igual por un trabajo igual implica que mujeres y hombres de cualificación similar recibirán la misma remuneración cuando realicen el mismo trabajo o prácticamente el mismo, en condiciones equivalentes.

<sup>167</sup> Según datos del Banco Interamericano de Desarrollo, como puede leerse en: <https://blogs.iadb.org/igualdad/es/la-promocion-de-la-igualdad-de-genero-desde-los-lugares-menos-esperados/>.

<sup>168</sup> Un resumen de los datos al respecto puede leerse en: European Commission (2020), “Equal Pay? Time to close the gap!”, EC, november 2020. Accesible en: [https://ec.europa.eu/info/files/factsheet-gender-pay-gap-2020\\_es](https://ec.europa.eu/info/files/factsheet-gender-pay-gap-2020_es).

en los últimos años se aprecia una mejoría los datos reflejan que siguen existiendo una diferencia de 11.9%.

Esta diferencia salarial persiste en todos los países en el siglo XXI y la pandemia ha evidenciado que, además, los empleos peor remunerados están ocupados mayormente por mujeres, sin que todavía las cifras reflejen el impacto de la crisis de la Covid-19 en esta brecha salarial entre mujeres y hombres. Como ha indicado recientemente la OIT el impacto sobre los salarios ha sido importante, reduciendo los mismos, pero, en mayor medida el de las mujeres en comparación con el de los hombres<sup>169</sup>.

### **3. CÓMO HA INFLUIDO LA PANDEMIA GENERADA POR LA COVID-19 EN LAS MUJERES Y EN SU EMPLEO. ALGUNAS REGULACIONES EN ESPAÑA**

#### ***3.1. Algunas consideraciones generales y escenarios de necesaria protección***

El impacto del confinamiento -y la propia pandemia- no ha sido neutro en términos de género. Se ha traducido en un perjuicio superior para las mujeres, ya sean trabajadoras formales e informales, desde el punto de vista laboral, sanitario, personal, social y familiar.

En este sentido, el precedente más cercano que podemos encontrar como parámetro de comparación es la pandemia del ébola<sup>170</sup>, aunque tuviera otras dimensiones. Según los estudios, se pudo apreciar que las cuarentenas afectaba significativamente más a las

---

<sup>169</sup> En este sentido, OIT (2020): *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021: Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19*, OIT, 2 diciembre de 2020.

<sup>170</sup> En este sentido, Wenham, C., Smith, J. and Morgan, R., “COVID-19: the gendered impacts of the outbreak”, publicado: 06/03/2020 DOI. Grupo de trabajo sobre género y COVID-19. Accesible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30526-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30526-2).

actividades laborales de las mujeres e incidían y ampliaban las brechas de género. La Covid-19 no ha sido distinta.

En marzo de 2020, la ONU ya declaraba que el coronavirus golpea tres veces a las mujeres: por la salud, por la violencia doméstica y por cuidar a otros<sup>171</sup>. Las medidas restrictivas adoptadas en los diferentes países del mundo y con diferentes intensidades, según la magnitud de la ola de la pandemia, han provocado, con carácter general: primero, la dificultad de acceso a sistemas de salud, entre ellos, para cubrir las necesidades más íntimas y esenciales de las mujeres y niñas relacionadas tanto con los embarazos como con los ciclos biológicos –menstruación o menopausia, por ejemplo-, pero, también, por encontrarse en las actividades de primera línea de atención en los sectores sanitarios. Segundo, la intensificación del riesgo de violencia doméstica –violencia de género en terminología española-, dado que, el confinamiento es la situación perfecta para ejercer un comportamiento controlador y violento en el hogar. Y, tercero, por el incremento de las cargas del trabajo doméstico y el cuidado, que ya de por sí, como hemos podido comprobar, se encontraban desequilibradas entre sexos.

Por otra parte, la recesión económica provocada por la pandemia tiene una magnitud y extensión sin precedentes.

El Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI) estima para 2020 una contracción del PIB regional en América Latina y el Caribe de un -8.1<sup>172</sup>, teniendo en cuenta que el empleo se contrajo más fuertemente que el PIB, esto es un 20%, afectando, fundamentalmente, a mujeres, jóvenes y trabajadores poco cualificados<sup>173</sup>. En España, las

---

<sup>171</sup> Mujer, “El COVID-19 golpea tres veces a las mujeres: por la salud, por la violencia doméstica y por cuidar de los otros”, Noticias ONU, 27 Marzo 2020, accesible en: <https://news.un.org/es/news/topic/women/date/2020/date/2020-03>.

<sup>172</sup> Internacional Monetary Fund (2020): *World Economic Outlook: A Long and Difficult Ascent*, october 2020, págs. 18, 33 y 34, entre otras.

<sup>173</sup> Según otras estimaciones, la contracción del PIB, post pandemia en América Latina y Caribe podría ser menor, solo un -5.3%. En este sentido, puede leerse: ALADI/SEC/di 2892 (2020), *Impactos del Covid-19 en los países miembros de la ALADI*, ALADI Secretaría General, pág. 7. Accesible desde:

cifras, también según el FMI, ascienden a un -12.8% en la revisión realizada en octubre de 2020, pero, por su parte, el desempleo en 2020 se situará en un 16.8%, permaneciendo invariable en 2021<sup>174</sup>.

Y, la pérdida de horas de trabajo durante los tres primeros trimestres de 2020, según la OIT no son nada alentadoras<sup>175</sup>. En el segundo trimestre se perdieron un número de horas de trabajo a nivel mundial equiparables a 495 millones de empleos a tiempo completo, y, en el tercero se estima que la cifra alcanzaría los 345 millones, afectando de manera más incisiva a las mujeres, como uno de los grupos más vulnerables, en todos los países, con la excepción de Israel, Francia y México.

Todos estos datos son realmente preocupantes existiendo un riesgo de retroceso de los avances en materia de empleo de mujeres y de desigualdad de género que se han producido –y continúan produciéndose- durante la pandemia de la Covid-19 que, como se ha manifestado, afecta de manera desproporcionada a las mujeres trabajadoras, como consecuencia del impacto en sectores fuertemente feminizados –como el sector servicios-, entre otras cuestiones. Podríamos afirmar que la oferta laboral de las mujeres, con carácter general, es más susceptible a los cambios en la economía que la de los hombres.

Unido a que la población femenina ocupada lo hace mayormente en sectores de baja productividad, tanto en España como en América Latina y Caribe, en un 70% de promedio. No podemos olvidar que los trabajos que han sido declarados como esenciales durante la pandemia se encuentran en sectores fuertemente feminizados y que son,

---

[http://www2.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/8BFA510206B47A870325859D0047EF47/\\$FILE/2892.pdf](http://www2.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/8BFA510206B47A870325859D0047EF47/$FILE/2892.pdf).

En este sentido, hay que tener en cuenta que en el mercado laboral latinoamericano el 45% de los empleos se encuentra en sectores donde el teletrabajo no es factible, por su alto contacto social. Solo 1 de cada 5 trabajos podrían realizarse a distancia.

<sup>174</sup> International Monetary Found (2020), óp. Cit., pág. 55.

<sup>175</sup> Observatorio de la OIT (2020): *La COVID-19 y el mundo del trabajo*, sexta edición, OIT, 23 de septiembre de 2020, págs. 1, 2 y 10, entre otras, accesible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_755917.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_755917.pdf)

asimismo, precarios, en múltiples sentidos; tanto el sector sanitario en especial enfermería<sup>176</sup>, sector de alimentación y supermercados o el sector del cuidado.

Por otra parte, como consecuencia de la COVID-19, muchos países se ha impuesto con mayor o menor éxito el trabajo a distancia, algo que afecta directamente a las mujeres, pues en el mundo según la ONU, 3.600 millones de personas no conectadas a internet suelen ser las mujeres y niñas rurales más pobres y con menos formación, una brecha digital que no debe pasarnos desapercibida.

En España el teletrabajo se ha impuesto, durante el confinamiento y hasta el mes de septiembre, como medida prioritaria para garantizar la actividad económica frente a la cesación de actividad (art. 5 Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 marzo<sup>177</sup>). Pero en una situación como la vivida, los hogares convertidos en espacios multidisciplinares, han demostrado la falta de corresponsabilidad entre sexos que existe en materia de cuidados, demostrando que este tipo de trabajo remoto o a distancia genera en materia de conciliación lo que denomino “la trampa de la araña” para las mujeres. Además, dentro de los riesgos laborales que el “teletrabajo forzoso” ha generado nos encontramos con riesgos clásicos, como los físicos (incidencias o enfermedades musco-esqueléticas u oculares); con riesgos psíquicos derivados del estrés laboral o la no desconexión digital. Riesgos que afectan principalmente a las mujeres. Pero, de manera especial y separada, se quiere analizar, dentro de los riesgos psicosociales que afectan principalmente a las mujeres, la violencia de género. Los hogares han sido y son espacios de ejercicio de poder y abusos hacia las mujeres, que han visto dificultada su atención y ayuda en este ámbito. Si bien la violencia de género como un riesgo laboral ha sido poco estudiada, se considera

---

<sup>176</sup> Las mujeres son el 70% del personal sanitario en los países de la OCDE. Así puede leerse en: OECD (2020): Women at the core of the fight against COVID-19 crisis, abril 2020, accesible en: [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=127\\_127000-awfnqj80me&title=Women-at-the-core-of-the-fight-against-COVID-19-crisis](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=127_127000-awfnqj80me&title=Women-at-the-core-of-the-fight-against-COVID-19-crisis). En España, las mujeres representan el 66% del personal sanitario, llegando al 84% en el caso de enfermería. Instituto de la Mujer (2020): “La perspectiva de género, esencial en la respuesta a la COVID-19”, Ministerio de Igualdad, 7 mayo 2020. Accesible en: [http://www.inmujer.gob.es/disenov/novedades/IMPACTO\\_DE\\_GENERO\\_DEL\\_COVID\\_19\\_\(uv\).pdf](http://www.inmujer.gob.es/disenov/novedades/IMPACTO_DE_GENERO_DEL_COVID_19_(uv).pdf)

<sup>177</sup> BOE núm. 73, de 18/03/2020.

que es uno de los nuevos riesgos de trabajo emergentes por la pandemia y que permite su inclusión dentro del Convenio OIT número 190 (2019), si atendemos a su necesaria evaluación como riesgo psicosocial tal y como manifiesta la Recomendación 206 que acompaña al Convenio. En espera de su ratificación por España y de su entrada en vigor, el RD-ley 28/2020, de trabajo a distancia, de 23 de septiembre viene a regular de manera más detallada este tipo de trabajo, pero muy tímidamente se refiere a la protección de las víctimas de violencia de género sin haber resuelto, a mi modo de ver, este gran problema que ha traído la pandemia.

### ***3.2. Medidas principales en España ¿para las mujeres?***

Las medidas gubernamentales en España han ido, desde principios de marzo de 2020, dirigidas a cuatro frentes fundamentales: la protección de la salud, el fomento de la flexibilidad, la protección del desempleo y la mitigación del impacto económico. La abundante legislación ha hecho que tengamos una abundante y dispersa normativa de crisis que abarca múltiples sectores y segmentos poblacionales. A continuación, nos detendremos en algunas de ellas que consideramos que generan mayor impacto en el empleo de las mujeres.

#### **1) El Ingreso Mínimo Vital.**

Podemos señalar que una de las importantes medida que se ha adoptado en el ámbito español que podrían contribuir a paliar los efectos indeseados de nuestra informalidad laboral es la adopción del denominado “ingreso mínimo vital, a través del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo<sup>178</sup>.

Es una prestación dirigida o enfocada a la protección a la pobreza, que actuaría en el momento en que el resto de mecanismos de nuestro sistema de protección social no hayan funcionado, o dicho de otra manera, cuando estos se han agotado sin conseguir sus dos

---

<sup>178</sup> Boletín Oficial del Estado, núm. 154, de 01/06/2020.

objetivos principales: la inserción de las personas en el mal llamado mercado laboral y la superación de las situaciones de pobreza relativa. No es una medida dirigida en exclusiva a mujeres, pero dado que estas son uno de los colectivos más vulnerables de la informalidad laboral se ha considerado significativo mencionarla.

La norma reconoce un derecho subjetivo a una prestación, pero, también, colectivo al reconocerla tanto a personas individuales como a unidades de convivencia, siempre dirigido a personas en riesgo de pobreza y/o exclusión que acrediten situación de vulnerabilidad. Esta medida se adoptaba con un enfoque estructural –no de crisis– estimando que podrían existir 850.000 familias beneficiarias, con un presupuesto estimado de 3.000 millones euros/año.

En el mes de septiembre de 2020 que el número total de solicitudes presentadas desde la aprobación de la norma rozaba los 900.000, se habían procesado únicamente una tercera parte, 320.000 solicitudes, de las que habían sido aprobadas el 28% (90.800 prestaciones), se habían denegado el 27% (86.152 solicitudes) y se encontraban pendientes de subsanación el 45% restante (141.995 solicitudes). El 30 de octubre de 2020, los datos del titular del Ministerio de Seguridad social, en la presentación de los Presupuestos Generales de 2021 indicaban que: existían 970.000 solicitudes; 500.000 tramitadas; 136.000 aprobadas (400.000 personas beneficiarias).

Los requisitos de acceso son realmente complejos al igual que la propia solicitud de la prestación, por lo que, de momento, su configuración ya ha revelado que es insuficiente para abarcar no solo el problema de pobreza sino la propia informalidad laboral. Es así, que, además, se insiste desde algunos sectores en que su articulación –en espera de un reglamento que desarrolle y corrija ciertos aspectos estructurales– penaliza a las mujeres que solicitan como familia monoparental la propia prestación-.

Por lo que se refiere a la cuantía de la prestación, en torno a unos 430 euros de media, se estima absolutamente insuficiente para contribuir no solo a salir de la informalidad

laboral, sino de la misma situación de pobreza en la que se encuentran muchas personas, fundamentalmente, mujeres como hemos indicado previamente.

## 2) Trabajo doméstico.

Cómo declaraba la OIT en junio de 2020<sup>179</sup> la pandemia ha agravado la crisis del sector del trabajo doméstico, poniendo en evidencia que el sector ya se encontraba de manera previa fuertemente precarizado. De los 55 millones de personas dedicadas al trabajo doméstico, casi tres cuartas partes de los trabajadores y las trabajadoras domésticas del mundo se ven expuestas al riesgo de perder su trabajo o sus horas de trabajo y, consecuentemente, sus ingresos. En este sentido hay que tener en cuenta que dentro de los trabajadores que pueden quedar afectados la gran mayoría se encuentran en informalidad laboral (un 76 %), pero, además, de esos 55 millones, como ya hemos indicado, la mayoría son mujeres, en concreto, 37 millones de mujeres, tanto dentro del sector formal como del sector informal.

Pero, el riesgo y la precariedad en este sector como hemos puesto de manifiesto previamente, no es una novedad, sino que, viene agravado por la falta de protección social tanto dentro como fuera del sector formal, debido en muchos países a la no ratificación del Convenio número 189 o, si se me permite, a una ratificación a tiempo, pero a una deficiente incorporación a sus legislaciones.

España es uno de los países que no ha ratificado el Convenio, de tal manera que, como indicábamos previamente, con carácter general los trabajadores del sector no cotizan a la Seguridad social por todos los conceptos y, por tanto, no generan protección contra el desempleo. Esta situación obligó al Gobierno de España a articular rápidamente medidas para el impacto de la crisis de la pandemia en el sector. De tal manera que nos

---

<sup>179</sup> ILO (2020): “Impact of the COVID-19 crisis on loss of jobs and hours among domestic workers”, 25 juny 2020, accesible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_747961.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_747961.pdf).

encontramos con el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo<sup>180</sup> que crea y regula el denominado “subsido extraordinario para empleados de hogar” (arts. 30-32).

La medida prevé que aquellas personas que están dadas de alta y, por lo tanto, dentro del sistema formal de seguridad social al momento de la declaración del estado de alarma (14 de marzo) podían solicitar una prestación económica, que una vez concedida recibirían en periodos mensuales desde el hecho causante, es decir desde el nacimiento del derecho hasta la finalización del estado de alarma, que se produjo en concreto el 21 de junio del 2020.

La norma prevé diferentes situaciones que podían dar lugar al nacimiento de este derecho, esto es:

- Que la persona trabajadora hubiese dejado de prestar servicios o reducido parcialmente su jornada, tanto en uno como en varios domicilios en los que prestara servicios, con carácter temporal, para evitar o reducir el riesgo de contagio con motivo de la crisis sanitaria y que fuera por causas ajenas a su voluntad. Estaríamos hablando de un supuesto en el que la persona empleadora ha decidido suspender o reducir el tiempo de trabajo de la empleada o empleado de hogar con objeto de minimizar los riesgos de contagio de la enfermedad.
- Que el contrato de trabajo de la persona empleada de hogar se haya extinguido con motivo de un despido válido conforme a nuestro derecho (art. 49.1.k) ET) o que se haya producido un desistimiento de la persona empleadora, también de manera legal, y con ocasión de la pandemia generada por la Covid-19.

La cuantía a percibir por la persona empleada del hogar se establece en la propia norma en base a lo que se conoce como la base reguladora diaria del salario, de tal manera que se le aplicará un porcentaje de un 70% con algunas otras especificaciones establecidas en

---

<sup>180</sup> BOE núm. 91, 1 de abril 2020.

el art. 31 que podría significar, por ejemplo, si la persona estuviese percibiendo el salario mínimo interprofesional una cuantía de entre 600 y 700 € si trabajará a tiempo completo.

Esta medida se preveía compatible con cualquier otra percepción recibida por trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, pero limitando la cuantía a percibir entre varios ingresos con el salario mínimo interprofesional, es decir, topando a 950 euros.

Pese a la importancia de la medida, podemos señalar que no ha sido suficiente, primero, porque la pandemia todavía no ha finalizado en nuestro país, y las consecuencias de esta crisis, entre ellas, el miedo, hacen que la posibilidad de encontrar un empleo en el sector se torne todavía más difícil. Segundo, porque la medida solo cubría a las personas que realmente estuvieran registradas, inscritas, dadas de alta en el sistema de Seguridad social y, por tanto, a menos de la mitad de las empleadas y empleados existentes, como hemos comprobado previamente en los diferentes datos estadísticos. Tercero, porque la baja cuantía y limitada reducción del subsidio tampoco permite salir de la precariedad laboral y puede, al mismo tiempo, fomentar la informalidad en el sector con objeto de conseguir mayores ingresos para subsistir y salir de la pobreza. En definitiva, por una parte, una medida coyuntural, de crisis, pero insuficiente como tal para proteger estos trabajos que son realmente esenciales y sin los cuales gran parte de las vidas, las economías, las familias y los trabajadores se desmoronarían; y, por otra, una medida que no afronta ni plantea una mejora de la protección social a medio y largo plazo, algo absolutamente esencial para el sector y para sus trabajadores, que no nos olvidemos en su mayoría son mujeres.

### 3) Brecha salarial.

Junto con estas dos grandes medidas señaladas, se quiere hacer mención al denominado registro salarial obligatorio que se ha adoptado en España a través del Real Decreto

902/2020, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, de 13 de octubre<sup>181</sup>, que puede contribuir, evidentemente a mitigar parte del problema.

La norma establece un principio de transparencia retributiva con la finalidad de identificar claramente qué retribuye cada elemento salarial, para así detectar posibles discriminaciones en este ámbito, y entrará en vigor a los seis meses de su publicación. Una norma que requiere para su efectividad desde nuestro punto de vista de una revisión de las más de 3 millones de empresas de nuestro país, ¿existen medios suficientes para ello?

#### **4. REFLEXIONES FINALES**

La Covid-19 está teniendo un impacto significativo en el empleo, es una crisis social, económica, de valores y sistemas, pero de manera especial en aquellas personas que ya eran vulnerables, como sucede con las mujeres. A lo largo del presente texto hemos hecho hincapié en algunas cuestiones que, necesariamente, deben abordarse para conseguir que la mitad de la población –mujeres- no sufra las consecuencias de las decisiones mayoritarias de la otra mitad de la población –hombres-.

En este sentido, se quieren recordar algunas ideas, que aunque pudan parecer redundantes, se consideran absolutamente necesarias.

Es necesario reforzar la protección social de las mujeres en el mundo. Para ello, no solo hay que garantizar mayores esfuerzos en la fiscalización o inspección del trabajo informal (y, por tanto dotar de mayores medios a las inspecciones de trabajo de todos los países), sino asegurar que cuando las mujeres se encuentren en el sector formal del empleo que sea, tengan adecuadas condiciones de trabajo, partiendo de la salarial, que las permita vivir plenamente y salir de los círculos de la pobreza, a cualquier edad.

---

<sup>181</sup> BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020.

Asimismo, los logros en formación y educación no son suficientes, si la mitad de la población –hombres- no entiende que la otra mitad –mujeres- puede desarrollarse plenamente y ejercer cualquier trabajo y en cualquier posición.

Aunque existen importantes avances en materia de igualdad de género, ya en 2017, la OCDE manifestaba que estos eran demasiado lentos, teniendo en cuenta, además, que si se reducen las brechas de género se podría incrementar la productividad, habiéndose demostrado, también, que las empresas que consiguen un equilibrio de género mejoran su actividad económica. Sin olvidar la necesidad de afrontar las brechas digitales en todos los espacios.

Hay razones económicas sí, pero mucho más importante y necesaria es una educación igualitaria, en todos los ámbitos y en todas las edades, de manera permanente y continua; pero no solo, en cuanto a la existencia de violencia y abusos en el trabajo, sino en todos y cada uno de los aspectos posibles que contribuyan –más que las normas- a una corresponsabilidad real en materia de cuidados y al reconocimiento protagónico –de una vez por todas- que le corresponde a la mujer.

\*\*\*

# **HACIA LA UTOPIÍA DE LOS DERECHOS BÁSICOS DE UN NUEVO ESTATUTO PROTECTOR DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN UNA ETAPA POSTPANDÉMICA**

MARIA GEMA QUINTERO LIMA<sup>182</sup>

Sumario.

1.Una breve presentación.

2.Status quo . 2.1. Causas endógenas. 2.2. Causas exógenas.

3.Algunos -potenciales y potentes- focos de desigualdad. 3.1.El debate ultramoderno sobre la laboralidad (los riders como iconos). 3.2.- La Temporalidad en la contratación y la Parcialidad de la jornada de trabajo. 3.3. La descentralización productiva.

4.los derechos sensibles. 4.1. Derechos Individuales. 4.1.1. El derecho a un salario suficiente. 4.1.2. El derecho a la formación. 4.1.3. El derecho a la salud en el trabajo. 4.1.4. El derecho a la intimidad (y a los datos). 4.1.5. Derecho de conciliación entre vida laboral y familiar (derecho al descanso). 4.1.6. El derecho a la igualdad y a la no discriminación. .2.-Derechos Colectivos.

5.De Lege Ferenda.

## **1.UNA BREVE PRESENTACION.**

Con carácter previo, resulta preciso presentar sucintamente estas páginas. No pretenden sino ser una pequeña contribución a las múltiples (de altísima solvencia y tanto mayor

---

<sup>182</sup> Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid.

interés científico y social) que desde la Doctrina de referencia se ha venido haciendo sobre el Futuro del trabajo y el Trabajo del futuro. Una contribución, en realidad modesta, que tiene la finalidad última de servir para centrar/abrir un debate multiactor ulterior más amplio. De ahí que se trate de unas páginas reflexivas que se presentan como piezas de una estructura *puzzlica* que pueda ofrecer una visión compacta de la realidad compleja.

El hipocentro de la reflexión es la desigualdad, o las desigualdades. Cuestión también architratada en los últimos años, desde distinta disciplinas/perspectiva/finalidades. Pero aquí, imbricada directamente con el Derecho Social, como ha puesto de manifiesto la nueva realidad generada por la crisis sanitaria de la pandemia COVID19.

En la medida en que se parte de una premisa, la de que el Trabajo y su regulación, junto con el Mercado de trabajo y su conformación, son elementos generadores de desigualdades modernas, entre personas trabajadoras. De la misma manera, en un proceso de reconsideración del Derecho Social ante los cambios de paradigmas, la promoción de la igualdad efectiva y de oportunidades, y la disminución de las desigualdades primarias o secundarias puede resultar ser una vía axiológica de reformulaciones ontológicas de la disciplina y de sus instituciones clásicas.

Profundizando en la desigualdad, habría de retomarse algunas ideas originarias de la propia disciplina. Así, se ha de asumir que como presupuesto de la relación de trabajo se ha de reubicar el conflicto de intereses. Y ese es el reto sempiterno del Derecho Social: la conciliación de los intereses en conflicto. Que, por otro lado, ni siempre enfrentan a las mismas personas, no siempre solo a una dualidad de sujetos/colectivos, ni siempre permanecen inalterados hasta su completa solución.

Es importante ser conscientes de la situación de España respecto de la heterogénea calidad de las condiciones laborales de sus trabajadoras y trabajadores, no solo desde la perspectiva de la vertiente salarial, que resulta muy simplista, sino también respecto de

otras tantas condiciones laborales con una *vis* más cualitativa (modalidad contractual, tipo de jornada, grado de flexibilidad del tiempo de trabajo, por señalar las más obvias.). y esa desigualdad, sería posible anclarla en cierto modo en la regulación normativa de las relaciones laborales individuales y colectivas.

Además, se hace preciso contextualizar el Derecho Social español en el marco de la realidad económica española. Lo que lleva a plantearse cuestiones que atañen al sector de actividad productiva predominante, al tipo de actividades productivas, al tejido productivo nacional y sus engranajes en cadenas globales. Sin olvidar los efectos particulares que la crisis sanitaria esta generando en esta fase postpandémica.

O dicho de otro modo, la desigualdad actual parece pivotar, y esto sirve de aplicación también en tiempos del COVID19, en la existencia de distintas condiciones laborales según sectores productivos, territorios y colectivos de personas trabajadoras. Algo que era plausible que se intensificase en el contexto del cambio tecnológico global, que plantea nuevos retos al Trabajo del Futuro y del Futuro del Trabajo; pero que la pandemia COVID19 ha intensificado inesperadamente de modo inmediato y con contornos aún pendientes de delimitar.

Sea como fuere sigue siendo pertinente asumir una tesis de partida: las transiciones laborales futuras no pueden hacerse de un modo efectivo, justo e inclusivo si no hay una reducción de las desigualdades de partida, acrecentadas ahora, bien es cierto, por el contexto económico reconfigurado por la pandemia. Y, como parte de esa hipótesis, cabe anticipar que una eventual reformulación de derechos básicos laborales, pudiera contener la *vis* expansiva de la desigualdad,

Con toda la brevedad que resulta posible, en consecuencia, se presenta aquí de modo hipersucinto, una descripción de la situación actual (*status quo*), en la que se profundiza

para señalar aquellos condicionantes bidireccionales<sup>183</sup> (temporalidad, parcialidad, por ejemplo) que han permeado la efectividad de derechos laborales para hacerlos muy sensibles en orden a provocar situaciones de desigualdad final.

## **2.STATUS QUO.**

Se ha de partir aquí de una hipótesis general de partida: La regulación laboral podría estar siendo una fuente muy potente de desigualdad, corregida, bien es cierto, por la regulación transitoria de las legislaciones de urgencia durante el estado de alarma.

En realidad no se trata de una causa unívoca, sino multicausal. Y tampoco se trataría de una causa estrictamente jurídico laboral; sino que también guarda relación con estructuras legales en otros ámbitos jurídicos (mercantil o fiscal, por ejemplo) y, sobre todo, tendría componentes económicos, sociológicos, antropológicos incluso.

Entonces, en la conformación de las desigualdades, confluyen una multitud de causas, como ha evidenciado la crisis sanitaria, algunas endógenas, de tipo legal (internas al ordenamiento jurídico-laboral), y otras extralegales/externas, de carácter exógeno.

### **2.1. Causas endógenas.**

Entre las causas endógenas, inherentes a una determinada regulación iuslaboral, se podrían sintetizar las siguientes:

---

<sup>183</sup> Bidireccional se emplea aquí en el sentido de ser consecuencia de una determinada regulación jurídica, no necesariamente desigualitaria, pero que genera un comportamiento de facto de desigualdad económico-social agravada que, en otros ámbitos de la realidad juridificada provoca la ineficiencia/ineficacia de derechos.

- 1.-La reformulación pretendida del concepto de trabajador mismo ante la presencia de “viejas nuevas” formas de prestación de servicios.
- 2.-La predisposición jurídica (a través de regulaciones flexible y de instrumentos de incentivación económica- fiscal-contributiva) a favorecer la contratación temporal y a tiempo parcial.
- 3.-La configuración dispositiva de ciertos derechos laborales que, son básicos, y son muy sensibles a las coyunturas económicas y a los patrones sociológicos de las practicas contractuales empresariales.
- 4.- El debilitamiento de los derechos colectivos, y devaluación final de las garantías individuales.
5. La asintonía de los ordenamientos nacionales respecto de los objetivos marcados por las organizaciones internacionales de referencia<sup>184</sup>.
- 6.- La existencia de una normativa estandarizada que impone obligaciones uniformes a las empresas independientemente del: 1) tamaño, 2) nivel de ganancia/rentabilidad empresarial<sup>185</sup>. Es necesario superar los obstáculos para hacer transparentes los datos sobre ganancias y rentabilidad para poder ajustar la regulación y las políticas de impulso a esta realidad.

## **2.2. Causas exógenas.**

Además, habría otros coadyuvantes, que actuarían como causas exógenas:

---

<sup>184</sup> En efecto, es fundamental atender a las conclusiones de los trabajos realizados por dos organizaciones esenciales y referentes inexcusables –la OIT y la Unión Europea-. En este sentido, la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro de trabajo, coloca a la persona y su dignidad, en el centro del debate sobre el trabajo y recuerda y reafirma, los fines, objetivos, principios y el mandato establecidos en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia (1944) y reafirmando que el trabajo no es una mercancía; asegurando una transición justa; en este sentido la promoción de los derechos de los trabajadores es clave para alcanzar un crecimiento inclusivo y sostenible. Por su parte, el Pilar europeo de derechos sociales también coloca los derechos en el centro del futuro del trabajo.

<sup>185</sup> Para las pequeñas/microempresas quizás sea posible visualizar un escenario aligerado desde la perspectiva de las cargas empresariales, pero compensado de modo socializado para mantener el umbral de protección de los trabajadores, que ese SI ha de ser estándar. Porque hay pequeñas empresas/empresas familiares muy rentables con altos niveles de ingresos, y empresas pequeñas con ingresos normales, que se pretenden maximizar a costa de abaratar el coste laboral. Las obligaciones deberían ajustarse a esos parámetros, para concretarse de un modo más o menos estandarizado

1'.- El macrocontexto de crisis económico-financiera global, y la globalización de los mercados laborales. Aquí, ahora, en ese contexto, habría que incluir los efectos de la crisis sanitaria, y del periodo de confinamiento del estado de alarma, la desescalada y los eventuales escenarios postpandémicos.

2'.-La presencia de ciertos niveles de emprendimiento empresarial desprovisto de solvencia técnica, de cierto entendimiento de la plusvalía basado en el ajuste del coste laboral y del (in)cumplimiento de la normativa laboral.

3'.- Ausencia de mecanismos administrativos /autorizadores inspectores coercitivos solventes con potencia preventiva, sancionadora y/o correctiva<sup>186</sup>.

4'.- Como efecto adverso de lo anterior, resulta ser un condicionante en nada baladí, la presencia de cotas altas de informalidad económica en general, y también laboral en particular.

En este sentido, las ineficiencias de los sistemas formalizados del trabajo y el empleo, conduce al desarrollo de núcleos de trabajo informal. Porque a) excluya a personas trabajadoras que desean desempeñar un trabajo formalizado, y/o b) porque desincentive a los que sí pudieran hacerlo, que optan por mantener una actividad económica sin registrar. En los que, por reflejo, se acrecienta la desigualdad, especialmente cuando se trata de una informalidad precaria o precarizada. Y este sentido sirve un ejemplo muy potente, el del trabajo de servicio doméstico.

Sin que quepa solo dejarlo apuntado, el eslabón entre la dinámica retroalimentada ineficiencia-insuficiencia de protección e (in)formalidad no es solo el elenco de derechos laborales, sino también los derechos sociales de protección social y la coherencia de su

---

<sup>186</sup> En el sector agrario, y de la hostelería, se ha venido poniendo de manifiesto esa inoperancia, y allí se han demandado el reforzamiento de los recursos humanos y materiales disponibles. Algo especialmente evidente durante la pandemia, pero ya antes evidenciado respecto de ciertas condiciones laborales, tal y como quedaba explicitado en el Plan Director por el trabajo digno de 2018.

estructura; cuestión esta que habría ser objeto de un tratamiento particular independiente y en la que el Trabajo de Servicio Doméstico, también es paradigma.

### **3.ALGUNOS -POTENCIALES Y POTENTES- FOCOS DE DESIGUALDAD.**

#### **3.1. El debate ultramoderno sobre la laboralidad (los *riders* como iconos).**

Una de las principales desigualdades que se observan en la actualidad, tiene que ver con el diferente estatuto de protección de aquellas personas que desarrollan una actividad por cuenta ajena, y los que lo hacen por cuenta propia.

Esa distinción ha sido originaria, y se halla en la base misma del surgimiento del Derecho del Trabajo como un subordenamiento del Derecho Privado/Derecho Civil en lo relativo a la regulación de los contratos de arrendamiento de obra y de servicio; que, por otro lado, se trasladó de modo incuestionado al ámbito de la Seguridad Social (en la forma dicotómica de protección de las personas obreras y las que desarrollan un trabajo autónomo).

Ahora bien (y sin que quepa profundizar mucho más que para dejar hecho un apunte), cuando se genera un tercer estatuto de protección (2007), el de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES) se provoca un foco de desigualdad dual (entre personas asalariadas y TRADES, y entre TRADES y Autónomos clásicos). Sumatorio a aquella desigualdad de base, entre personas asalariadas y trabajadoras por cuenta propia.

Hoy, la reducción de las desigualdades parece que se puede anclar en una idea ultramoderna, la del – único- estatuto de persona trabajadora, que no distinga entre cuenta propia y ajena. Que parece ser una idea posible en los contextos de revolución 4.0 en la que todo se difumina.

Pero, antes al contrario, en un espacio de transición económica, había ciertos esquemas jurídicos sobre los que cabría predicar su inmovilismo, so plena de desdibujar el Derecho Social en su esencia misma. Así, como marco conceptual para anclar la revisión de un

estatuto laboral sustentado en un núcleo duro de derechos laborales difícilmente disponibles, se ha de asumir la dicotomía entre ajeneidad y subordinación y autonomía cuentapropista como dos regímenes posibles de la prestación de trabajo.

No sería un camino a transitar el de la protección del Trabajo, sin distinguir entre trabajo por cuenta ajena del de por cuenta propia. Sin perjuicio de que el trabajo por cuenta propia haya de ser objeto de su protección particular, no se puede dejar que se instale la idea de que las nuevas formas de trabajo y la revolución 4.0 exigen inexorablemente omitir aquella distinción originaria para proteger a las personas trabajadoras, sin categorizarlas. Porque no se puede olvidar que la Ajeneidad, la Subordinación y la Dependencia pueden tener distintas formas, manifestaciones, contextos, etc. pero siempre implican la ausencia del control mediato o inmediato de la persona trabajadora sobre su trabajo actividad/trabajo resultado. De suerte que la presencia de la otra alteridad subjetiva (persona empresaria/empresa), constituye un elemento diferenciador básico. Si ella aprehende los resultados del trabajo por cuenta ajena, ella es la deudora originaria y última de las contrapartidas laborales. Esta parece ser la línea asumida por ciertos sectores iuslaboralistas, ciertos tribunales y ciertas líneas legislativas en ciernes.

En el trabajo por cuenta propia no hay una alteridad subjetiva implicada en el desarrollo de la prestación, sino que el sujeto autónomo es parte única del proceso de producción de bienes y servicios, de asunción de los riesgos y recolección de los beneficios. De forma que intercambia contrapartidas directamente con el mercado en el que interviene con sujetos de su misma condición.

Eso supone que, si se opta por un estatuto unificado de producción, se estaría omitiendo la alteridad subjetiva de la empresa, a la que se libera de las obligaciones indisolublemente ligadas a su condición de directora y deudora de la prestación laboral.

En este sentido la prestación de actividad laboral a través de plataformas (tanto más en un mundo globalizado) sirve para camuflar a los a esos sujetos que suponen una alteridad en el proceso de prestación de servicios y producción de bienes, que existen aunque no

sean visibles porque están detrás de aplicaciones informáticas de distinta generación tecnológica. Y, sin embargo, de facto aparentan ser *sujetos ajenos* porque, en ocasiones, la descentralización productiva a través de plataformas acaba diluyendo de tal modo la subordinación y ajeneidad que el único modo de proteger al trabajador parece ser el de dotarle de un estatuto general único. Pero lo relevante sería conformar mecanismos de visibilización de las cadenas de contratación y subcontratación de diferentes sujetos intermediarios<sup>187</sup>.

Pero, además, habría una segunda desigualdad normativa de base, la de las personas trabajadoras con relación laboral común, y el de las personas con relación laboral especial. Y la desigualdad manifiesta se encarna en el ámbito del trabajo de servicio doméstico, que vuelve a emerger como ámbito permanente necesitado de una reflexión precisa que, por razones obvias, no se puede hacer aquí ahora.

### **3.2.- La Temporalidad en la contratación y la Parcialidad de la jornada de trabajo.**

Estas dos características de la contratación en España parecen provocar buena parte de las situaciones de desigualdad económica y social. La pobreza del trabajo parece justificarse en estos dos entornos, tanto más cuando cohabitan<sup>188</sup>. Y ambas generan el riesgo de que, a mayor cronificación de la temporalidad, la lícita y la ilícita, mayor riesgo hay de perpetuación de las desigualdades. Tanto más en determinados sectores

---

<sup>187</sup> En este punto se está avanzando. En el ámbito europeo es muy destacable la Directiva (UE) 2019/1152 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, pues es un paso concreto en la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, superando con mucho el contenido y proyección de la Directiva 91/533, que viene a derogar. La aportación de esta Directiva es que, a partir de la ordenación del deber de información sobre las condiciones de trabajo básicas, se avanza en las garantías y contenidos de tales condiciones y se hace de tal manera, que necesariamente se va a ver afectado el concepto de trabajador y el concepto de empleador

<sup>188</sup> Véanse, por todos, CALVO GALLEGO F.J. y GOMEZ-ALVAREZ M.R.(DIRs.) *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo*. Murcia, Laborum, 2017, y GALA DURAN, C. Y CALVO GALLEGO J. (Dir.), *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*. Murcia: Laborum, 2018,

productivos (más estacionales o de mayor fragmentación productiva), y respecto de ciertos colectivos de personas trabajadoras (las menos cualificadas o con circunstancias personales que las hacen propensa a la vulnerabilidad social).

Dentro de la contratación temporal cabría distinguir dos tipos, la ilícita (la que constituye un uso fraudulento de las formas contractuales legalmente previstas)<sup>189</sup>, y también la lícita. Especialmente en la medida en que el legislador ha diseñado formas de temporalidad contractual que permiten un uso regular y discrecional de la norma por la empresa contratante sin incurrir en fraude de ley, sino, acaso, en un abuso impropio del Derecho. O dicho en otros términos, en la actualidad, la normativa reguladora de la contratación temporal (a falta de mecanismos apriorísticos de control, o autorización) estaría favoreciendo el uso fraudulento de las modalidades, pero también permite la concatenación fraudulenta (amplo sensu) de contratos temporales legales; concatenación que concurre como una posibilidad más, por cuanto se permite la rotación subjetiva de contratación temporales respecto de los mismos puestos de trabajo o análogos), junto con la opción de formas indefinidas de contratación.

La contratación indefinida no se percibe como la opción natural de conformar la plantilla de las empresas, en el buen entendido de que la actividad de la empresa pretende prolongarse en el tiempo. Por el contrario, hay una visión cortoplacista en la gestión de

---

<sup>189</sup> En el caso de la contratación ilícita, algunos desarrollos doctrinales muy recientes explican estas constataciones estadísticas de las tendencias al uso irregular de los esquemas de contratación temporal, a partir de un enfoque desde el Derecho conductual. Desde el punto de vista empresarial, no es improbable que lo “temporal” se asocie con la flexibilidad, lo barato y la competitividad; mientras que lo “indefinido” quede enmarcado en lo rígido, ineficiente y costoso. Y, ciertamente, el cambio de estos “marcos” Por eso conviene analizar los vectores explicativos: “Costes de gestión; “Aversión a las pérdidas (y el efecto dotación)””; “Justicia y esfuerzo”; “El dolor de pagar”; “Problemas de autocontrol”; “Optimismo no realista (y la adaptación hedónica)””; “Disponibilidad”; “Conformidad”; y “Impronta, anclas e inercias”. Quizás la matriz que estos vectores conceptuales describen, por un lado, podría contribuir al conocimiento de las razones por las que el Legislador ha sido incapaz de mitigar la temporalidad ilícita desde hace décadas; y, por otro, también podría ofrecer pistas sobre eventuales reacciones previsibles ante las normas. (BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sesgos y pautas del comportamiento empresarial y temporalidad ilícita”, *Iuslabor* Nº. 3, 2019, p.124 y 125).

los recursos humanos en la empresa, que omite una visión prospectiva de negocio, y, al poner el acento en las necesidades económico-productivas presentes e inmediatas que actúan como causa del contrato de trabajo, omite un enfoque largoplacista.

Algo tanto más obvio cuanto se produce una reformulación de los sistemas empresariales de la producción misma, a través de un entramado de descentralizaciones varias, que permite fraccionar las prestaciones laborales, y por lo tanto puede temporalizarlas de modos más exactos.

En este sentido, a falta de una revisión legal de las instituciones, únicamente una reformulación ético-jurídica de la responsabilidad social empresarial podría garantizar un uso cabal de la contratación temporal, para circunscribirla a las situaciones modélicas, y no hacer un uso elástico de las posibilidades normativas.

Respecto de la parcialidad, algo semejante podría reproducirse. De un lado, hay un uso irregular de la normativa pero, de otro, la regulación existente es tan flexible (definición de la jornada parcial, horas complementarias de distinto tipo, regulación de los preavisos, disponibilidad por convenio colectivo, etc.) que posibilita arbitrajes empresariales en detrimento de la seguridad jurídica y de los derechos laborales, en suma. Y todo con un especial impacto de género que comienza a hacerse más evidente

Al margen de su relevancia inaudita, a lo anterior no se le prestaría una atención especial de no ser por sus efectos colaterales. En efecto, la temporalidad y la parcialidad devienen causas *de facto* de la ineficiencia e ineficacia de algunos -o muchos- derechos.

Porque, primero, en el sustrato psicológico empresarial podría entreverse una idea fuerza anclada en que las personas trabajadoras temporales y/o a tiempo parcial no son capital humano *per se* de la empresa, y por lo tanto no resulta rentable/preciso/optimo invertir en ellas. Y al fin y al cabo, el cumplimiento de ciertas obligaciones empresariales que se traducen en derechos tienen una vertiente económica en clave de gasto/inversión.

Porque, segundo, en el proceso de toma de decisiones de la persona trabajadora hay un sustrato psicológico inhabitualmente tomado en consideración, que tiene que ver con la situación de vulnerabilidad real; e, intuitivamente, el sujeto se percibe tanto más vulnerable cuanto más temporal sea su contrato y menor su jornada laboral. Sirva una manifestación habitual: la garantía de indemnidad, por ejemplo, cubriría a cualquier sujeto trabajador, sin embargo, las personas con contrato temporal no le otorgan mayor valor, y es frecuente que omitan acciones reivindicativas o de denuncia.

Porque, en tercer lugar, además, en la conformación jurídica de algunos derechos hay un subyacente que actúa como condicionante; como es la antigüedad en la empresa. Que está muy ligada a modalidades contractuales y políticas empresariales de contratación.

### **3.3. La descentralización productiva.**

Otro elemento, ya tan suficientemente señalado como causante de las desigualdades que aquí solo se deja anotado, hace referencia a los múltiples esquemas de descentralización productiva. Desde las empresas de trabajo temporal y otras formas legales de intermediación, hasta la actual conformación de los grupos de empresas o de las empresas multiservicios, la contratación y subcontratación de mayores o menores segmentos de la actividad económico-productiva de las empresas es susceptible de generar desigualdades manifiestas. Entre las personas trabajadoras de plantilla en la empresa principal, pero también entre personas trabajadoras de los mismos sectores, descentralizados o descentralizadores.

De un modo muy grosero, se ha producido una situación en la que el coste del trabajo se devalúa a medida que se descentraliza la prestación laboral última, o dicho de otro modo, los costes de producción se aligeran a partir del coste laboral considerado en sentido amplio. Pero, desde la esfera de los trabajadores, hay un resultado neto de

pérdida/disminución de derechos y garantías laborales que podrían estar provocando las desigualdades diversas.

#### **4.LOS DERECHOS SENSIBLES.**

En esos contextos, con esos condicionantes, se observa la existencia de derechos sensibles en clave de desigualdad. Habría que distinguir entre los derechos individuales, y los colectivos. Y es a aquéllos a los que se pretende dedicar una atención especial, de ahí que sea oportuno tratarlos en primer lugar, como elementos centrales de la reflexión.

##### **4.1. Derechos Individuales**

En ese contexto de nuevas formas de trabajo y de elasticidad del elemento temporal en sus distintas matizaciones, se observa cómo habría ciertos derechos laborales especialmente sensibles a sufrir, con efectos exponenciales, las ineficiencias de la regulación ius-social actual. Ineficiencias que se podrían sintetizar, eminentemente, en el carácter disponible de su regulación última, (a través de la autonomía colectiva o individual), pero también en la sensibilidad al tipo de jornada durante la que se realiza la prestación laboral y/o la modalidad contractual en la que se inserta.

##### **4.1.1. El derecho a un salario suficiente.**

Constitucionalmente quedo mencionada la idea de la suficiencia el salario (para la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia (art 35.1 CE)), que se traslada a la configuración del salario mínimo interprofesional (art 27 ET).

Podría ser considerado un elemento esencial del diseño marxista originario mismo del intercambio de trabajo-capital en el mercado, que se complementa con la idea de la suficiencia de la renta familiar (en un marco de modelo *breadwinner* masculino único).

Sin embargo, esa idea original ha quedado difuminada a través de:

a) un señalamiento insuficiente del salario mínimo interprofesional, que es verdad se ha visto incrementado en el último decenio, pero que sigue alejado de los salarios medios.

b) una atención desigual del salario en la negociación colectiva, y por ende un desigual poder de negociación entre las partes en materia salarial, según el sector y/o el tipo de empresa.

c) un desdibujamiento antinatural entre lo salarial y lo extrasalarial, quizás por efecto de las reglas de integración de bases imposibles y bases de cotización. En este sentido, se patrimonializa lo extrasalarial, para dotarle de valor de equivalencia al salario, y se descuenta del salario valores monetarios. Y esto rompe el esquema abstracto sinalagmático en términos de contrapartida/contraprestación.

d) la consideración empresarial del salario como un coste atentatorio contra la competitividad. Las reglas económicas han desdibujado la esencia del salario como elemento central de la relación jurídica de intercambio entre persona trabajadora y empresario, y parecen haberlo reconceptualizado como un elemento accesorio o secundario, cuasi-prescindible.

El salario habría de medir el valor del trabajo, y de ahí que haya de prestar atención a la remuneración desde esa perspectiva, la de evaluar equitativamente el beneficio obtenido por el trabajo prestado, y el salario. En esta dirección el factor tiempo de trabajo permite proyectar un módulo de cómputo, el valor de la hora de trabajo. sin embargo, esa vertiente cuantitativa no siempre resultaría óptima para medir el valor de los resultados finales de la prestación laboral. Y si es verdad que permite realizar cálculos proporcionales en el trabajo a tiempo parcial, por ejemplo, también es verdad que desoye los componentes cualitativos del rendimiento de la persona trabajadora.

De un modo ambivalente, el salario formaría parte del esquema de contrapartidas que guarda relación directa con las distintas manifestaciones empresariales de la flexibilidad del tiempo de trabajo. O lo que es lo mismo, el salario suficiente ha de tener el suficiente efecto compensatorio de una organización laxa del tiempo de trabajo, y ser

suficientemente resarcitorio de sus efectos (negativos) sobre la salud y en las oportunidades de conciliación de la persona trabajadora.

Obviamente el salario es un coste empresarial, pero del mismo modo el trabajo es la condición imprescindible para el desarrollo de la actividad empresarial. La negociación colectiva, entonces sería un marco esencial para dotar de valores ajustados al trabajo prestado, y el beneficio obtenido.

A partir de una consideración objetiva y estandarizada anclada en el salario mínimo interprofesional, que puedan tener en cuenta los indicadores globales (IPC, productividad media, coyuntura económica...), y pueda empujar quizás comportamientos empresariales de mayor solvencia técnica, así como revalorizaciones convencionales con nuevas estrategias. En lo individual, los salarios mínimos incrementados incrementados habrán de tener una influencia neta en la cuantificación de las distintas indemnizaciones (lo que incluiría a los salarios de tramitación) a las que se pueda extrapolar la exigencia de suficiencia.

En lo que se hace preciso adoptar una perspectiva de género, para apurar mucho en la identificación del igual valor del trabajo, en orden a la prevención de la discriminación salarial y las brechas multiformes.

El derecho al salario suficiente quizás requiere de un nuevo diseño del derecho a las garantías del salario. Con un Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) con mayor alcance subjetivo y objetivo, y/o con un diseño nuevo de garantías financieras previas de las empresas. Además, salario y protección social están seriamente conectados, de ahí la transmisión de desigualdades y la generación subsiguiente de brechas prestacionales.

#### **4.1.2. El derecho a la formación.**

En la configuración actual, a pesar de las denominaciones, se observa la ausencia de un auténtico derecho a la formación profesional, en varias direcciones: como una herramienta de adaptación al puesto concreto de adscripción, pero, también, como un instrumento de adaptación a las necesidades de la empresa, desde una perspectiva más amplia de las necesidades formativas que desde el mercado se exige a las propias empresas.

Y con una doble dimensión, en torno a la empleabilidad, como valor para el individuo, pero también como obligación empresarial.

Que en las regulaciones actuales se halle anclado su configuración final en el ámbito convencional o negocial, no sería algo negativo per se, pero convierte a la formación en un elemento versátil, contingente útil para negociaciones más amplias, lo que le puede privar de una perspectiva individualizada, más patrimonializada.

En la negociación colectiva se han de pactar los términos de ejercicio de los derechos contemplados en el art 23.1 ET, a saber:

a) el disfrute de permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como una preferencia a elegir turno (si está instaurado este sistema en la empresa) cuando se cursen regularmente estudios para la obtención de un título académico o profesional. En este caso, aflora un conflicto doble: de una parte, respecto de los permisos (que no necesariamente han de ser retribuidos, sino que lo serán en los términos que se pacten convencionalmente) el conflicto de intereses entre la empresa y el trabajador que ha de acudir a exámenes oficiales de los títulos que cursa; de otra parte el conflicto entre las personas trabajadoras que cursan estudios oficiales y los que no; por cuanto aquellas pueden elegir turno, y estas no, sino que se ven obligadas a cumplir sin excepción el régimen de turnicidad establecido en la empresa.

b) el derecho de adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos. Adaptación que se supone temporal (para cursos concretos), pero que ha de ser concretada

por la negociación colectiva. En orden a establecer qué tipo de cursos, con que duración, si cabe la concatenación de cursos etc...). Detrás, de nuevo emerge el conflicto de intereses binario persona-trabajadora- empresa, pero también el de los intereses individuales de la persona trabajadora que se forma y del resto de la plantilla que también lo puede o no estar haciendo. Y la resolución de conflictos eventuales no resulta especialmente sencilla en estos casos...

c) el derecho a la concesión de permisos de formación o perfeccionamiento con derecho a reserva de puesto. En este caso, el derecho está totalmente condicionado a la voluntad negocial. En términos estrictamente legales, la institución de la excedencia voluntaria podría dar cobertura a opciones personales de tipo formativo. Sin embargo, el margen de mejora negocial -la reserva de puesto- es un elemento muy contundente, de ahí que las condiciones de la reserva (plazos, para el puesto, o uno equivalente, con condiciones referidas al tipo de formación, etc.) despliegan un abanico de intercambios amplio en la negociación, que pueden llegar a vaciar el derecho diseñado legalmente.

Junto a esto, hay una vicisitud especialmente remarcable, que hace referencia al Permiso Individual de Formación (PIF) del art.23.3 ET. Trabajadores con un año de antigüedad, tienen derecho a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación profesional para el empleo, ligada a la actividad de la empresa, acumulables por periodos de hasta cinco años.

Este es uno de los elementos que pone de manifiesto la especial sensibilidad del derecho a la formación: está pensando en un trabajador permanente de la empresa. Cuanto menos en una persona trabajadora con una antigüedad de un año, lo que presupone un contrato temporal de larga duración y/o un trabajador con contrato indefinido.

Pero incluso, se puede entender que se piensa directamente en una persona empleada con contrato indefinido, lo que le permite la acumulación de hasta 100 horas de formación, correspondientes a 5 años.

Parece que la antigüedad en la empresa desencadena derechos especiales derivado de un sinalagma de larga duración. La duración de la relación jurídica consolida obligaciones especiales. Y tiene una lógica relativa. Porque cuando es la empresa la que decide no tener duraciones contractuales de larga duración, la persona trabajadora sufre las consecuencias de la ausencia de compromiso empresarial con esas expectativas ligadas a la antigüedad, lo que se traduce en la imposibilidad de devengar derechos formativos.

Ahora bien, si los derechos se generan no por la vinculación con una empresa, sino como consecuencia de la acumulación de periodos de actividad profesional, sí se podrían garantizar los derechos formativos. Si bien eso requiere una reformulación jurídica (sujetos obligados -administraciones públicas- más allá de la empresa) pero sobre todo financiera (modos de contribución y/o de compensación de inversiones formativas), de la formación para el empleo desde la perspectiva empresarial. Y es aquí cuando adquiere relevancia el tipo de conformación de la entidad empresarial.

Funciona este esquema de un modo binario, omitiendo cualquier consideración de lógica borrosa. De esta forma las personas con contratos temporales es plausible que no generen nunca derechos individuales de formación, especialmente cuando se inscriben en dinámicas del mercado de concatenación de contratos temporales para la misma o diferentes empresas. Pero aun en el caso de que se hiciera efectiva la salvaguarda de los art. 15.3 o 15.5 ET, de facto, deja de tener sentido el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral en esta dimensión formativa....

Además, que se circunscriba el derecho de formación al ámbito de la empresa, desprovee a los trabajadores temporales, sumidos en la alta rotación de la contratación temporal.

Y ligado a lo anterior, cabe preguntarse sobre la efectividad de esos derechos en el caso de las personas trabajadoras a tiempo parcial, especialmente cuando su jornada parcial debiera responder a una necesidad muy concreta de la empresa, que da causa potente al contrato mismo. En estos casos, entonces, los derechos formativos es posible que se vean

excepcionados por las necesidades productivas. Esto es evidente en el caso del derecho a la adaptación de jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación.

De modo muy excepcional en la regulación actual, se atisban algunos pequeños ejemplos que podrían servir de modelo para una construcción renovada del derecho a la formación de los sujetos trabajadores.

i) En el ámbito del despido por causas objetivas se dejaría entrever esta idea de la empleabilidad como obligación empresarial, pero se desdibuja mucho después, salvo en el caso de las excedencias por cuidado de familiares

La persona trabajadora por sí misma quizás no cuente con un bagaje personal que le permita la adaptación a los cambios económico-productivos. De ahí que el empresario sea deudor de una obligación de formación, para reubicarle en una situación en la que pueda cumplir correctamente su obligación de prestación laboral.

Porque cuando hay un cambio económico-productivo, de origen interno (la empresa lo ha decidido) o externo (la empresa se ve obligada a decidir el cambio para ajustarse a exigencias del mercado, entendido en un sentido muy amplio) cabe que se provoque un déficit de falta de empleabilidad sobrevenido. Para mantener el equilibrio contractual, corresponde al sujeto empresario reconducir las condiciones de cumplimiento de la prestación, para que la persona trabajadora no incurra en un incumplimiento ajeno a su voluntad.

ii) En un sentido semejante, cuando la persona trabajadora se desvincula temporalmente de la empresa (art 46.3 ET), mantiene un derecho a ser llamado a las acciones formativas que organiza la empresa. Y ese derecho despliega efectos, “especialmente con ocasión de su reincorporación”. O dicho de otro modo, la empresa mantiene la obligación de reserva de puesto y por ende del reingreso cuando la persona trabajadora excedente lo solicite. En la medida en que el lapsus temporal de desvinculación ha podido tener como efecto una obsolescencia sobrevenida de la persona trabajadora, se intensifica la obligación

empresarial de contribuir a la empleabilidad de esta persona, con efectos positivos para sendas partes.

A partir, entonces de lo anterior, cabría diseñar esquemas alternativos:

I/ Derecho a la formación de configuración legal, absolutamente individual e individualizado. Pero que lleve coligada la intervención pública, en la garantía y efectividad de derechos de configuración sucesiva, cumulativa, por tramos de prestación laboral formalizada (ligado quizás a cotizaciones por formación), al margen de la empresa en la que se está prestando servicios y, por tanto, independientemente de la antigüedad en la empresa en la que se realiza la prestación de servicios en el momento de ejecutar el derecho a formación.

Eso permitiría totalizar los periodos de actividad laboral, para generar derechos más completos/complejos, que podría adaptarse a una realidad necesaria de contratación laboral temporal/ a tiempo parcial.

II/Derecho a la formación en la empresa, con varias manifestaciones:

\*En términos de tiempo de trabajo:

- Formación dentro de la jornada laboral o se considera tiempo de trabajo efectivo)
- Permisos no retribuidos, con reserva de puesto de trabajo.
- Adaptación de la jornada para la asistencia a cursos

\*En cuanto al tipo de formación:

- Actividades formativas concretas gratuitas como prestación en especie.
- Subvención total o parcial de cursos de formación profesional ofrecidos por entidades especializadas al margen de la empresa (ejemplo de formación reglada, profesional, universitaria, de grado o postgrado).

\*En cuanto al tipo de empresa en la que presente servicio el sujeto de derechos:

- empresas consolidadas o no, que pertenecen o no a un grupo
- tamaño de la empresa
- volumen de facturación y beneficios.

En el fondo, de nuevo, surge la idea de la solvencia exigida a las empresas del tejido productivo, en torno a una idea fuerza, la de que no cabe admitir cualquier tipo de emprendimiento y, por tanto, se ha de prevenir/penalizar/ subsanar las manifestaciones concretas de emprendimiento negligente.

III/ Coste de formación que recae, total o parcialmente sobre las empresas al margen de la antigüedad en la misma, de suerte que la contratación temporal deje de incentivar desentenderse de la obligación empresarial. (por ejemplo, si un trabajador ha acumulado horas de formación y decide disfrutarlas en la empresa de su cuarto contrato temporal, esta cuarta empresa de su vida laboral ha de dotar de efectividad a los derechos de adaptación, excedencia, etc.) Sin perjuicio de esquemas de resarcimiento por aquellos tramos devengados en otras empresas en las que se haya realizado una prestación laboral previamente.

O, como otra posibilidad, cabría articular contribuciones empresariales afectas a formación en el empleo, de modo indistinto, al margen del tipo de contrato de la persona trabajadora. De suerte que la modalidad contractual no entrañe distintos costes fijos para las empresas y sea posible centrar la atención en los periodos profesionales atesorados por dichas personas, independientemente de las modalidades contractual que haya suscrito a lo largo de su carrera profesional. La gestión pública de este esquema deviene esencial, en orden a monitorizar carreras profesionales, periodos de formación totalizados, imputación de costes etc.

IV/ Profesionalización como requisito para la contratación en determinados sectores, y la generación de ciertas ventajas fiscales y de seguridad social. Profesionalización en términos reglados (en cualquiera de las manifestaciones, que se podría plasmar en tarjetas profesionales diversas, especialmente en aquellos sectores profesionales precarizados (turismo y hostelería, asistencia sociosanitaria, actividades auxiliares etc.) Ya hay esquemas análogos en sectores semejantes (construcción, seguridad privada...). y en esa

vertiente formativa, la de prevención resulta igualmente plausible, con los efectos en el derecho a la salud, que se trata más adelante.

V/ Derecho a la formación como un derecho en realidad de ciudadanía, que se hace especialmente relevante en la fase inicial de la vida laboral (trabajadores jóvenes) y en la fase de madurez (trabajadores maduros).

En este sentido, la formación transicional es esencial, para las personas que han de entrar en y han salido del mercado. Y en este ámbito la formación profesional en alternancia y las contrataciones ligadas a esa idea puede suponer un ámbito de recorrido para la reubicación de sujetos desempleados actuales, pero también los futuros, en momento del auge de la revolución digital-robótica en el mercado español.

De ahí que, en la fase de activo, la empresa ha de ser garante de empleabilidad, tratando de mantener en el empleo a la persona trabajadora ( no solo en el marco del art 52 ET) que precisa formación, pero también formándola de modo continuo mientras la conserva en su plantilla, para que mantenga una empleabilidad potencial para el supuesto en el que tenga que transitar a otro empleo. En la empresa, en otra del mismo sector o en otro sector.

En suma, se hace preciso diseñar un nuevo estatuto profesional garantizado. Que prevenga las brechas formativas.

Es importante aprovechar al máximo las oportunidades de las transformaciones tecnológicas como instrumento o medio para garantizar y mejorar este derecho y también como objeto de formación. En aras de garantizar la adquisición de competencias, habilidades y calificaciones a lo largo de su vida profesional, con especial incidencia, valga redundar en ello, en el derecho a la formación de los jóvenes, y de las personas trabajadoras maduras, en esa dimensión *intra-laboral* (Garantía del derecho a la formación en el trabajo) e *inter-profesional* (Garantía del derecho a la formación entre trabajos.).

#### **4.1.3. El derecho a la salud en el trabajo.**

En el ámbito internacional, en el centenario de la OIT ( en el memorando de la Comisión de expertos 2019) el derecho a la salud se perfiló, en un proyecto después fracasado, como un derecho fundamental del trabajo.

No obstante, no deja de ser un derecho especialmente presente en la normativa laboral de rango legal, en la medida en que la vida y la integridad física son derechos inespecíficos de la persona trabajadora y la actividad empresarial la somete aun riesgo permanente, el Derecho de Prevención de Riesgos Laborales se ha desarrollado de un modo fascinante desde los años 90.

Pero hay algunas lagunas y algunas ineficiencias aún. Que tiene que ver con la gestión de la prevención, y el modo en el que se difuminan las obligaciones preventivas de evaluación y de protección. La externalización de la gestión puede tener efectos positivos porque inserta una posibilidad de neutralidad, pero aleja la tensión obligacional. Sería de especial interés ampliar la protección de colectivos específicos para favorecer su empleabilidad, tal es el caso de los hombres y mujeres con discapacidad o diversidad funcional.

Al margen de todo eso, habría aun un reto pendiente, referido a la protección de la salud mental.; que no es más importante que la física (aunque si en algunos sectores productivos, a medida que las tareas son cada vez más intelectuales y menos físicas/mecánicas) sino que es la gran olvidada, en un contexto de precariedad y cambios tecnológicos y digitales. Y que, abrupta implantación del teletrabajo en tiempos de covid19 ha puesto radicalmente en evidencia.

La precariedad daña la salud mental, el incumplimiento de la normativa laboral también; y eso es evidente respecto del derecho al descanso. Y se trata de un ámbito donde lo laboral y lo extralaboral están separados por una frontera muy difusa. De esto, las doble cargas femeninas son un ejemplo, que no se toma en cuenta en las evaluaciones de riesgos laborales.

Que se tomen en consideración, en realidad no responsabiliza al empresario respecto de ellas, pero si permite afinar una protección efectiva, en ocasiones sin impactos en términos de coste. Y los relativos a los déficits de conciliación familiar laboral en las empresas ofrecen un ejemplo actual.

Junto a lo anterior, en momentos de crisis económica, la seguridad y la salud laboral es habitual que sean sacrificadas. Puesto que se asumen como un coste laboral más, no primario, sino accesorio. De esta suerte, ni individual, ni colectivamente se han erigen demandas de seguridad y salud en el trabajo a la empresa, por cuanto el salario se conforma como un elemento reivindicativo nuclear prioritario. No ha sido habitual demandar protección de la salud en situaciones patológicas de crisis empresarial, insolvencia, quiebra.

Pero, al margen de esas situaciones extremas, en contextos no patológicos, en el marco de la temporalidad y la parcialidad también se omite la idea de que la salud del trabajador es inherente a su existencia misma y su presencia en la empresa. De ahí la necesidad de conformar una obligación efectiva de formación e información, y de protección, equivalente a la de los trabajadores permanentes y a tiempo completo, a pesar de que su presencia en la empresa haya de ser temporal o a tiempo parcial...o dicho de otro modo, la obligación general de protección despliega su efecto en cada concreto ámbito temporal en el que se desarrolla la prestación laboral. Pero no siempre se articula de modo ajustado a las especificidades de esa prestación. Por ejemplo, que los reconocimientos médicos (voluntarios) de la empresa se realicen en un momento concreto del año, y solo en ese periodo, se estaría excluyendo a las personas contratadas fuera de ese periodo.

Y ya en un ámbito más próximo al incumplimiento, es preciso cuestionar la consideración de que la duración limitada del contrato y/o de la jornada hace innecesarias determinadas acciones preventivas. Antes al contrario, han de ser elementos de modulación de esas acciones, por suponer riesgos incrementados (temporalidad y siniestralidad parecen conformar un binomio reciente) o por minimizar el impacto de los riesgos (en el caso del

tiempo parcial), o maximizarlos (prestaciones a tiempo parcial en las que se omiten los protocolos de seguridad por la corta duración de la exposición al riesgo).

De nuevo, la realidad de la pandemia ha visibilizado las condiciones desiguales de la efectiva protección de la salud.

Parece haber una idea equivocada respecto de los trabajadores temporales (extensible al trabajo atípico y al trabajo a tiempo parcial) que olvida al art 28 LPRL y las obligaciones derivadas del principio de igualdad de trato. En evaluación inicial, formación e información, vigilancia de la salud.

Así, *de facto*, la temporalidad y la parcialidad actúan como un acelerantes inadvertidos de los riesgos laborales, en el siguiente sentido. En la medida en que la prestación laboral se desarrolla bajo formas atípicas (de modalidad contractual o tipo de jornada), se despista la observación de los efectos del trabajo sobre la salud de la persona trabajadora. Se sincopan los procesos de protección de su salud, bajo los ámbitos obligacionales de las distintas empresas empleadoras, que solo acometen acciones en realidad parciales e incompletas, y se rompen las cadenas de causalidad evidentes entre prestación laboral y lesiones/patologías derivadas del trabajo. Lo que conduce a un tratamiento indiferenciado de la salud, y a una consideración genérica de contingencias comunes como origen de las eventuales patologías.

Y esto se hace especialmente obvio en lo relativo a las patologías psicológicas, y los trastornos musculoesqueléticos y, especialmente, respecto de las mujeres trabajadoras.

Y esta circunstancia no deja de generar una zona de desigualdad última, cuando el trabajo ha generado un daño para la salud que puede desplegar derechos de protección en el ámbito de la Seguridad Social. La consideración de contingencias comunes o profesionales genera diferencias significativas de protección (en términos de acceso y renta sustitutiva), y, por efecto, reduce la carga obligacional preventiva de la última empresa (y de las anteriores), en términos de responsabilidades.

Como resultado final de lo anterior, la crisis sanitaria puso en evidencia, durante el estado de alarma, y también es momentos siguientes, en aquellos sectores productivos en los que

la temporalidad es predominante (sector sociosanitario, por ejemplo), cuan desigual resulta de facto la protección efectiva del derecho a salud laboral.

Y mención aparte demandan las situaciones de pluralidad empresarial en términos de coordinación de actividades preventivas.

Por último, en términos de desigualdad, habría que señalar como la regulación preventiva solo muy recientemente presta atención a los supuestos de violencia laboral: que, por ende, afectan a los colectivos habitualmente vulnerables. De ahí que se haya de prestar especial atención a la salud desde la perspectiva de la diversidad: discapacidad y género

A medida, además, que se produce el avance tecnológico, tanto el concepto de salud como de riesgo laboral han de ser objeto de ajuste.

Y en este ámbito, algunos elementos del tiempo de trabajo (descansos y derechos de , desconexión) podrían precisar ser reconducidos a una menor dispositividad y una mayor imperatividad.

#### **4.1.4. El derecho a la intimidad (y a los datos).**

Con el desarrollo de las nuevas tecnologías, en direcciones múltiples, el derecho a la intimidad está quedando muy expuesto a múltiples atentados. Que serán más o menos evitables, corregibles, resarcidos, según el estatuto jurídico de la persona trabajadora titular del derecho. O dicho en otros términos, la protección actual del derecho a la intimidad, en un marco regulatorio más general de las instituciones laborales, genera no pocas situaciones de desigualdad.

Por un lado, en el ámbito del poder de dirección empresarial, el control de la prestación laboral a través de distintas nuevas formas tecnológicas, es susceptible de invadir las zonas de privacidad de la persona trabajadora de distintas formas. Y cuando la protección que se brinda a esa privacidad depende de regulaciones diferenciadas, en el ámbito de lo comercial, atendiendo a los intereses colectivos diversos, y/o en su defecto, depende del

poder negociador individual, entonces cabe que surjan situaciones muy diversas, con repercusión última en términos de desigualdad económica y social.

Una vez más, la temporalidad, el condicionamiento de la prestación laboral a un término o condición, diluye las posibilidades reivindicativas. Y las extinciones por cumplimiento del plazo pactado, pueden estar solapando acciones extintivas discriminatorias amparadas en la vulneración del derecho a la intimidad (algo que no es, obviamente, exclusivo de este derecho fundamental). De ahí que el ejercicio del poder de control empresarial a través de las nuevas tecnologías demandaría una regulación general de derecho menos dispositivo y más imperativo.

Por otra parte, la gestión de datos y el uso de Big Data, y formas algorítmicas de Inteligencia Artificial están aún pendientes de una evaluación de impacto. La información obtenida por las empresas en los procesos de selección y/o durante el desarrollo (vigilancia y control) de la prestación laboral no recibe una reglamentación clara, más allá de la genérica de la Protección de datos personales. No hay una trazabilidad estandarizada/ transparencia del uso que las empresas hacen de los datos. La vis tecnológica aquí dificulta la identificación de riesgos reales tangibles para la intimidad del trabajador, y suscita zonas de indeterminación e indefinición graves. con efectos tanto más graves cuanto más imbricados quedan con el poder de dirección empresarial y el poder disciplinario.

En este ámbito, una vez más, la crisis sanitaria ha puesto de manifiesto la importancia de la preservación de la protección de los datos (de salud, serológicos y análogos

#### **4.1.5. Derecho de conciliación entre vida laboral y familiar (derecho al descanso)**

En un contexto social en el que los sistemas públicos de cuidado parecen no poder dejar de ser deficitarios, tanto más cuanto enfrentan un reto demográfico inaudito, el derecho a poder conciliar vida laboral y familiar resulta ser una herramienta útil para acometer una labor de concienciación social acerca de la corresponsabilidad entre todas las personas que son miembros de unidades de familiares de convivencia.

Es evidente que la función social del cuidado no guarda una relación directísima con el desarrollo de las actividades productivas de las empresas. Y es habitual oponer sendos elementos como actores antagónicos sin relación alguna. Sin embargo, no lo serían, sino que la persona trabajadora no deja de ser persona con relaciones familiares multiformes, que pueden llegar a condicionar la prestación laboral misma.

Desde la perspectiva legislativa, sin embargo, a pesar de los avances en el reconocimiento de la imbricación necesaria entre vida laboral y familiar, sin embargo, sigue manteniéndose una cierta prevalencia de la óptica de los intereses empresariales. Y de hecho, incluso en los nuevos derechos individuales de conciliación, las necesidades organizativas y productivas empresariales son las que el legislador erige como únicos límites a la libre disposición por la persona trabajadora de esquemas jurídicos de flexibilidad en la prestación laboral.

Esos límites, entonces, pueden desactivar la herramienta de flexibilidad otorgada a la persona trabajadora que ha de organizar de modo congruente su tiempo de trabajo y sus necesidades personales de prestación de cuidados familiares. Dónde recaiga la carga de justificar la viabilidad/inviabilidad de flexibilizar la jornada o las modalidades de prestación de servicios puede tener efectos ambivalentes: que únicamente la persona trabajadora sea la que haya de probar la necesidad de conciliar y haya de identificar el mejor modo, o que únicamente la empresa sea la que ha de justificar su opción (negativa), en síntesis, que haya presunciones en una u otra dirección, genera riesgos de ineficiencia (de abuso de derecho en sendas direcciones).

Del mismo modo, la construcción de los derechos de conciliación en torno a formas de negociación individual tiene efectos enervantes de las herramientas a favor de la persona trabajadora. Sin que tampoco las negociaciones colectivas puedan garantizar un equilibrio esencial en el conflicto de intereses que aquí aflora. Y sea en sede jurisdiccional donde se resuelvan las distintas litigiosidades.

De este modo, instrumentos de auto/heterocomposición (sistemas *ad hoc* de mediación, o arbitraje) de intereses podrían ser útiles, para individualizar la utilidad del ejercicio de derechos de conciliación, sin perjudicar las constantes económico-productivas de las empresas.

Y en este modo, la intervención pública resulta también primordial, para equilibrar ese conflicto sistémico generado por la ausencia de sistemas de servicios sociales de cuidado completos complejos y dinámicos. Bonificaciones/ reducciones y otras formas financieras podrían acompañar a la conciliación en las empresas, para que las empresas puedan mantener su actividad misma.

#### **4.1.6. El derecho a la igualdad y a la no discriminación.**

Como elemento de cierre, y sin que sea posible un abordaje todo lo profundo que requiere, el derecho a la igualdad y a la no discriminación es, de un lado, el que de modo tautológico es más sensible a los condicionantes de desigualdad pero, al mismo tiempo, el que de modo deontológico, puede encuadrar acciones diversas de prevención de situaciones de desigualdad laboral, pero también social y económica, por cuanto trasciende el ámbito de los actuales artículos 4,17 y 28 ET.

De hecho, si la igualdad se proyecta en los demás derechos antes mencionados, genera un efecto exponencial en esa función preventiva de la desigualdad y de generación de igualdad de oportunidades; en suma, en la eliminación de brechas polimorfas y de etiología diversa.

La igualdad del salario suficiente, la corresponsabilidad en las tareas de cuidado y el diseño de nuevas fórmulas de conciliación, atendiendo a todas las fórmulas posibles de composición familiar, la formación profesional igualitaria e inclusiva, pueden tener efectos, no solo desde la perspectiva de género, sino obviamente de la discapacidad y todas las diversidades presentes o futuras, manifiestas u ocultas, en la sociedad española.

La ausencia en este sentido, no tanto de normativas promocionales de la igualdad y de prohibición de la discriminación, sino de esquemas coercitivos de cumplimiento, es la que mantiene desigualdades variadas. Además, la falta de perspectivas -sociológicas- concretas en la aplicación de la normativa estándar/genéricas, podría estar siendo igualmente un foco suplementario de desigualdades. Porque pueda ser posible que no se estén tomando en consideración sus impactos indirectos. En este sentido, la incorporación de indicadores de impacto que tomen en consideración la -falta de - congruencia de las distintas políticas normativas, y de las acciones convencionales, sobre la (des)igualdad de oportunidades, podría resultar de utilidad.

#### **4.2.-Derechos Colectivos**

Tras las reformas de la última década, en realidad los que han resultado ser derechos ultrasensibles han sido los derechos colectivos. Y de hecho la desigualdad económica y social como concepto único se podrían anclar en las formulaciones legislativas de instituciones de Derecho Laboral Colectivo.

El objeto de este trabajo de reflexión embrionario eran los derechos individuales que resultaban más sensibles en términos de desigualdad, a los que se ha dedicado la mayor atención. No obstante, la vis individual de los derechos se ve afectada exponencialmente por el debilitamiento de los derechos colectivos, de ahí que no se pueda omitir unas minimísimas consideraciones, que no resultan ser en nada originales, sino que se suman a las reivindicaciones múltiples en torno a la necesidad de revertir las últimas reformas laborales llevadas a cabo en España desde el año 2012.

El tipo de estructura productiva española resulta generar disfunciones gravísimas en términos de representación colectiva. De ahí que, como causa de desigualdad última, se hallaría la existencia de empresas en las que hay representación colectiva de los trabajadores que tutelan los derechos individuales, y otras empresas en las que nadie desempeña esa función garantista.

De ahí que fuera preciso bien revisar los esquemas de elección de representantes en la empresa y/o reformular la presentación de intereses por otras formas de representación unitaria (sectorial)

Pero incluso en las empresas en las que sí hay representación unitaria o sindical presente y solvente, en determinados ámbitos se hace precisa una intensificación de las obligaciones de información, intensificación de los modelos de consulta. (plazos, carácter vinculante etc. Tanto más en situaciones de anomalía/patología. Y especialmente en los supuestos de pluralidad empresarial (formas de descentralización variadas).

De la misma manera, en esas últimas reformas la autonomía colectiva ha sido desprovista de la fuerza vinculante precedente, y se han desdibujado ciertos efectos garantistas de derechos que proporcionaban la ultraactividad convencional y la ubicación en unidades superiores de la preferencia negocial. Que han conducido a la desigualdad sectorial, y a la desigualdad entre personas trabajadoras de grandes, pequeñas y micro empresas.

Es evidente, que el principio de igualdad no entraña en absoluto la exigencia de que todas las unidades convencionales acuerden contenidos idénticos o semejantes. Si es cierto que la intensificación de la dispositividad normativa, y su reconducción a la sede negocial-convencional (que por otro lado conforma el modelo democrático actual de relaciones laborales), cuando hay una atomización de unidades (empresariales), genera un núcleo de desigualdad profunda a menos que se tracen garantías de norma mínima suficientemente garantistas de derechos suficientemente efectivos.

## **5.DE LEGE FERENDA.**

Más allá de las consideraciones de *lege ferenda* que se han hecho más arriba, cabe insistir en algunas propuestas genéricas que pueden actuar como condicionantes (des)acelerantes.

En primer lugar, sería aconsejable reflexionar en términos de *nudging*<sup>190</sup> o de modos eficientes de intervención administrativas para incentivar a los sujetos privados (interlocutores sociales, empresas y personas trabajadoras) a tomar decisiones más racionales en términos de empleo, más allá del corto plazo, y con proyección en el medio y largo plazo de la sostenibilidad del sistema.

Y en esa nueva actuación, como ya se ha insistido, la prospección y evaluación podrían resultar esenciales, algo que no es habitual en la actividad legislativa española.

Y en esa dirección, seguro puede empezar a ser efectiva una eventual legislación por niveles de intensidad (de lo que hay algunas pequeñas muestras, pero no se ha generalizado). Porque la legislación laboral se diseña sobre un paradigma de gran empresa, de solvencia técnica y económica. Pero la realidad del tejido empresarial español responde a otros parámetros, el de las Pymes, y, especialmente las microempresas (empresas con uno o dos asalariados<sup>191</sup>, o el de las empresas que acuden a ETT para conformar sus plantillas. Además, especialmente tras los efectos de la crisis económica de 2008 y de las reformas de 2010 y 2012 y la promoción intensa y profusa del emprendimiento, hay empresas con características de *seniority* muy particular en España. Es decir, la antigüedad/ nivel de consolidación de las empresas es muy desigual. Y el índice de éxito empresarial también, con los consiguientes efectos en la capacidad de las distintas empresas para generar empleos (en volumen) y empleos de calidad.

---

<sup>190</sup> *Nudging*, de difícil traducción al español (empujoncito que llama la atención), desarrollado por el jurista Sunstein y el economista premio nobel Thaler, bebiendo de las aportaciones de los psicólogos Kahneman y Tversky, el estudio analiza las posibilidades de mejora de la gestión y de las organizaciones públicas que el mismo ofrece, así como los límites y orientaciones ofrecidos por el derecho paternalismo libertario la acción puramente normativa, coercitiva totalmente o incentivadora en términos económicos, son posibilidades parciales e insuficientes. Y cabría reflexionar acerca de métodos alternativos para reconducir la acción de los sujetos privados y alinearlos a objetivos públicos. A estos efectos, véase sucintamente PONCE SOLE, J. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas Núm. 15 zk./2018. Págs. 8-27 “Neurociencia, derechos y toma de decisiones relativas a políticas públicas: *nudging*” *Transjus*, Nota 3/2017, 8 p. <http://hdl.handle.net/2445/123254>

<sup>191</sup> Sirva ver *Estructura y dinamismo del tejido empresarial en España* - Directorio Central de Empresas (DIRCE) a 1 de enero de 2019, 8.p

Se hace preciso entonces, abordar las cuestiones relativas a la desigualdad de las condiciones laborales de las personas trabajadoras desde esa base del modelo de emprendimiento español. De ahí que las acciones legales, pero administrativas también tiene un ámbito de acción entorno a la asistencia técnica al emprendimiento, a la garantía de solvencia en el desarrollo empresarial, a la articulación de ajustes de exigencias normativas, a la construcción de formas subvencionables parciales y condicionadas. Que pueden, de un lado, prevenir la informalidad y la irregularidad jurídica, y, de otro, favorecer la efectividad de los derechos individuales de las personas trabajadoras.

En línea con lo anterior, como una herramienta previa, o ulterior, pero en todo caso imprescindible, de una constatación grosera de la realidad del mercado de trabajo se observa la necesidad de desarrollar, pero condicionadas a determinadas actuaciones, una acción pública de formación e información, a trabajadores y empresarios, sobre derechos y obligaciones. Especialmente sobre consecuencias jurídicas del (in)cumplimiento, y por ende, sobre métodos de cuantificar los costes visibles e invisibles del uso cabal de las reglas ius-sociales.

Deviene un hito ineludible, el de corregir la informalidad. Es consecuencia en cierto modo de las regulaciones laborales complejas, poco coercitivas, o su opuesto, pero también de las propias situaciones de crisis económicas, en las que lo no reconocido/ no registrado/no protegido puede resultar funcional en términos económicos, (pero nunca sociales). Además, con el desarrollo de nuevas formas de trabajo es plausible que aumenten la posibilidad de nuevas formas de informalidad (un caso paradigmático sería la cesión de una cuenta de app de un *rider* a otro sujeto no registrado). Pero, al mismo tiempo, las nuevas tecnologías y el uso reconvenido del big data permitiría registrar y mapear un número de realidades que los instrumentos inspectores clásico no alcanzan a detectar.

Se hace preciso, reeducar la cultura de la temporalidad, y diseñar nuevas formas de trabajo a tiempo parcial, en las que el derecho a la previsibilidad sea una concreción más de derecho a la salud y a la conciliación, por ejemplo.

En ese marco, entonces, para concluir el boceto que se pretencia presentar aquí, el Trabajo Decente (Objetivo de Desarrollo Sostenible 8, de la Agenda 2030 (*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* de la Asamblea General Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015) puede servir para reforzar esos derechos básicos (por otro lado derechos humanos reconocidos de modo más o menos indirecto).

\*\*\*

# **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES: UN TEMA PENDIENTE EN URUGUAY**

ANDREA RODRIGUEZ YABEN<sup>192</sup>

Sumario:

1. Introducción
2. Eficacia de las normas constitucionales al interior de la relación de trabajo
3. Análisis de los mecanismos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales de los trabajadores a la luz del estándar sustancial de la tutela judicial efectiva
4. ¿Cómo diseñar un modelo de protección de derechos fundamentales eficaz?

## **1. INTRODUCCIÓN**

La tradición jurídica uruguaya demuestra un amplio reconocimiento de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, lo que se ha proyectado notablemente en el ámbito laboral. No obstante, el hecho de que se reconozcan los derechos fundamentales de los trabajadores no asegura que los mismos serán respetados por su principal obligado -el empleador-, por lo que se hace necesario un segundo nivel de protección para que estos tengan una real eficacia. Esto es entendido por Ferrajoli como una garantía secundaria, que emana de la potestad soberana entregada al Estado -la jurisdicción- configurada en mecanismos jurídicos destinados a alcanzar la eficacia de la

---

<sup>192</sup> Abogada (Universidad de la República, Uruguay). Diplomado en Derecho Laboral Colectivo (Universidad Diego Portales, Chile). Magister (c) en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Talca, Chile). Correo electrónico: [andrea.rodriquezyaben@gmail.com](mailto:andrea.rodriquezyaben@gmail.com).

garantía primaria<sup>193</sup>. El problema, es que en el sistema uruguayo existe un evidente déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, lo que se expresa, precisamente, en la falta de cauces procesales especiales e idóneos.

Así, a falta de acción jurisdiccional de carácter específica, la protección de derechos fundamentales de los trabajadores reposa -principalmente- en mecanismos heterónomos<sup>194</sup> que se expresan a través de distintas vías procedimentales, como la constitucional (Acción de Amparo) o la laboral ordinaria<sup>195</sup>. Es decir, acciones genéricas,

---

<sup>193</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, 2019, pp. 59-61.

<sup>194</sup> Si bien en el sistema de relaciones laborales uruguayo es posible encontrar mecanismos de protección autónomos -a través del ejercicio gravitante de la autonomía colectiva-, en lo que refiere a la protección de los derechos laborales inespecíficos los mismos resultan insuficientes, ya que el tratamiento es desde el lugar de la prevención y promoción resultando incluso restrictivo en relación al catálogo de derechos y con carencias en lo que refiere a la reparación de eventuales lesiones. En efecto, pueden observarse debilidades principalmente en lo que refiere al contenido tutelar de las cláusulas estipuladas en los instrumentos colectivos, ya que en su gran mayoría carecen de definiciones y de medidas concretas para garantizar temas tan centrales como la privacidad, la igualdad, libertad de expresión, honra, entre otros. A modo de ejemplo, se ha advertido que en los convenios colectivos y laudos de Consejo de Salarios en 2010, el 42 % de los acuerdos incluyeron cláusulas referentes a la igualdad y no discriminación, señalándose que en algunos casos “*las cláusulas hacen referencia a la normativa vigente en la materia, en otros se incluyen beneficios sin hacer mención a la normativa, mientras que en otras situaciones se hace referencia a la igualdad salarial y a la equidad de género en ascensos o adjudicación de tareas.*” (PANIZZA, Carolina, *Los Derechos Laborales Inespecíficos*, Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pp. 159-160). A su turno, un gran número de instrumentos colectivos incorporan cláusulas referidas a la prohibición de acoso laboral, pero ello se hace referenciando a la normativa internacional o a leyes nacionales, exhortando su cumplimiento y promoviendo el respeto del principio de no discriminación, así como la prevención y sanción del acoso laboral y sexual (al respecto ver IGLESIAS, Leticia, “Análisis Temático Transversal de los Consejos de Salarios. Acoso Laboral”, en: *Revista Derecho del Trabajo*, Año V, No. 16, 2017, pp. 259-271). En definitiva, a los efectos de reprimir conductas lesivas o reparar al trabajador víctima de una vulneración, no parecería ser un mecanismo eficaz en tanto no se prevén herramientas indemnizatorias o medidas sancionatorias como la nulidad, por tanto, no se muestra como un mecanismo robusto para generar espacios de indemnidad a los trabajadores.

<sup>195</sup> Ello sin perjuicio de la intervención administrativa que se expresa a través de Inspección General del Trabajo con competencia para imponer sanciones en caso de infracciones laborales (Decreto 186/004) o acoso sexual (artículo 9 de la Ley No. 18.561), lo que a todas luces se presenta como un mecanismo inútil ya que no resulta eficaz la represión de las conductas lesivas de derechos fundamentales vía multas, cuando la naturaleza de los derechos involucrados es “no patrimonial” y se vinculan con la dimensión moral del trabajador.

cuya estructura procedimental o bien desconocen la debilidad procesal del trabajador, o esencialmente involucran el ejercicio de derechos valorables en términos económicos, evidenciando el lugar de privilegio que ocupa la protección de las condiciones mínimas de trabajo y salario, marginando los derechos constitucionales del trabajo, al ser estos últimos los que deben adaptarse al diseño jurisdiccional establecido para la protección de aquellos.

La especial naturaleza de los derechos fundamentales justifica la necesidad de establecer para su protección procedimientos jurisdiccionales especiales, distintos a los que dispensa la jurisdicción ordinaria para la solución de los conflictos jurídicos que surjan en el ámbito laboral. En esta línea, la doctrina ha señalado que la protección de los derechos fundamentales “*requiere de instrumentos adecuados para una pronta y eficaz tutela procesal, que se aparta del sistema ordinario de protección judicial*”<sup>196</sup>.

En este contexto, resulta de gran relevancia examinar la regulación procesal antes referida con el fin de analizar si la misma resulta ser eficaz para proteger derechos de la más alta jerarquía. Para ello, proponemos contrastar si los mecanismos procesales de tutela de derechos fundamentales con los que actualmente cuentan los trabajadores, son suficientes conforme a la luz de los estándares que exige el derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien no ahondaremos en todos los valores y principios que configuran este derecho, para efectos del presente trabajo será suficiente dar cuenta de los presupuestos esenciales del mismo, tales como el acceso a la justicia, el debido proceso y el principio de efectividad.

---

<sup>196</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Editorial Civitas S.A., Universidad Nacional Autónoma de México - Dirección General de Publicaciones, 1982, p. 48.

## 2. EFICACIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES AL INTERIOR DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Existe en la cultura jurídica actual una sólida construcción a favor de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y ello a partir de los siguientes presupuestos: en primer lugar, por sostener que la Constitución contiene normas que vinculan jurídicamente. Así, se sostiene que los derechos fundamentales tienen fuerza normativa, es decir, que estos son aplicables o garantizados por una jurisdicción sin necesidad de mediación legislativa, dejando de ser meras proclamas o "lirica constitucional"<sup>197</sup>; en segundo lugar, los derechos que se establecen en esas normas son derechos vinculantes, lo que significa que estos adquieren una fisonomía de derecho objetivo que es consecuencia de su incorporación en normas jurídicas plenamente eficaces y ubicadas en las gradas más altas del ordenamiento. Así, la "*consecuencia más básica consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del derecho*"<sup>198</sup>; y, tercero, como consecuencia del avance de la cultura jurídica se ha consolidado la idea de que estos derechos tienen plena eficacia y vigencia entre particulares.

La consolidación de esta construcción jurídica tiene especial significancia para el Derecho del Trabajo, ya que la doctrina de la eficacia horizontal de Derechos Fundamentales ("*Drittwirkung der Grundrechte*") vino a romper el paradigma tradicional sobre los derechos fundamentales, el que fue construido sobre la base de que el único agente peligroso para los individuos era el Estado, por lo que, en definitiva, se trataba del control al poder público. Después de la segunda guerra mundial, en Alemania, se

---

<sup>197</sup> ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático", trad. de A. García Figueroa, Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 33.

<sup>198</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 216.

comienza a debatir acerca de que los problemas de poder no son únicamente entre el estado y sus ciudadanos, sino que hay poder fuera del Estado. Y porque hay poder fuera del Estado, hay problemas de derechos fundamentales en donde el Estado no interviene.

De esta manera, se expone que los problemas de poder también tienen que ver en aquellos casos en donde se concentra el mismo por parte de particulares y un caso paradigmático de dicha concentración de poder se da en las relaciones de trabajo<sup>199</sup>. En efecto, la relación de trabajo se construye como un espacio en donde existe una desigual distribución de poder, siendo los trabajadores los que se encuentran en situación de sujeción respecto del otro<sup>200</sup>, situación que se ha profundizado con la evolución desde el capitalismo fordista al postfordista<sup>201</sup>. En este escenario, el trabajo como espacio de poder justifica la entrada de los derechos fundamentales, y estos se posicionan como un límite efectivo frente a la arbitrariedad privada, al sujetar las relaciones entre sujetos privados a reglas y límites jurídicos, de forma similar a los límites que el orden jurídico impone al poder del Estado con el fin de impedir el abuso.

---

<sup>199</sup> Atendiendo a las particularidades que se presentan en las relaciones de trabajo, en donde una de las partes -empleador- concentra intensas potestades sobre la otra parte -trabajador- la que se encuentra subordinada, parte de la doctrina ha planteado que en materia laboral se evoluciona desde la eficacia horizontal hacia una “*eficacia diagonal de los derechos fundamentales del trabajador*” (ver GAMONAL, Sergio, *La Eficacia Diagonal u Oblicua y los Estándares de Conducta en el Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters, 2015).

<sup>200</sup> Tal como apunta Kennoy, “*la empresa es quien decide si habrá trabajo o no, y la gerencia quien disfruta el derecho a decidir cómo se va a organizar el trabajo* (KENNOY, Tom, “La creación de mecanismos de control”, en AAVV *Relaciones Laborales, La psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 159). En idéntico sentido precisa Khan-Freund, “*individualmente considerado, el empleado (...) no detenta normalmente poder social alguno, puesto que, en cuanto individuo, sólo muy excepcionalmente posee poder de negociación*” (KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 59).

<sup>201</sup> Al respecto ver UGARTE, José Luis, *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, p. 5.

En este proceso de constitucionalización, en su etapa más tardía<sup>202</sup>, el Derecho del Trabajo ha asumido un rol trascendental: el reconocimiento y la protección de aquellos derechos que acertadamente fueran llamados por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos<sup>203</sup>.

En Uruguay no hay discusión acerca de que los derechos fundamentales se aplican como límites a los poderes del empleador, ello se desprende de la interpretación de los artículos 54 y 72 de la Constitución, en tanto se reconoce a todo trabajador la independencia de su conciencia moral y cívica y la higiene física y moral, y se explicita que la enumeración de derechos de la Constitución no excluye otros derechos inherentes a la persona humana o que derivan de la forma republicana de gobierno. Así, tanto la integridad psíquica, la intimidad personal, el honor, la libertad ideológica, la privacidad, la libertad religiosa, entre otros, son derechos fundamentales que el empleador debe respetar en contexto del contrato de trabajo. Como señala Panizza, en la actualidad es indiscutible que por la

---

<sup>202</sup> Al respecto, se ha precisado en la doctrina que “*el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo tiene dos dimensiones, por un lado, el reconocimiento de derechos de carácter laboral por las normas constitucionales de un determinado ordenamiento jurídico, proceso conocido como el “constitucionalismo social”. Concretamente, se hace referencia a las correcciones al liberalismo individualista que cristalizan constitucionalmente en dos importantes textos: la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y la Constitución social-demócrata de la República de Weimar (1919); textos en los que emerge, como nuevo centro de imputación normativa, el trabajo humano y en los que se procede al reconocimiento de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, de los trabajadores*” (MONTROYA, Alfredo, “El trabajo en la Constitución”, *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 464); y por otro lado, la dimensión cuyo proceso se da en la década del setenta por la vía de la expansión de la doctrina de la “eficacia horizontal” en que las normas constitucionales que estipulan derechos fundamentales de contenido general -no laborales-, se proyectan en la regulación laboral, como efecto del carácter normativo de la Constitución.

<sup>203</sup> El término “derechos fundamentales inespecíficos” se utiliza para referirse a aquellos derechos que, no teniendo un contenido exclusivamente laboral, tienen importantes repercusiones en el ámbito laboral, en tanto que el trabajador los ostenta por su condición de ciudadano y, por ende, los disfruta también en el ámbito de las relaciones laborales. Como indica Palomeque, “*se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos*” (PALOMEQUE, Carlos, “Los derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Director), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Aranzadi, 2003, p.11).

celebración de un contrato de trabajo el trabajador no puede ser privado de sus derechos esenciales<sup>204</sup>.

Ahora bien, este reconocimiento resulta incompleto si no se dota al sistema jurídico de - a lo menos- un mecanismo que sea lo suficientemente eficaz para reaccionar ante las lesiones cometidas a estos derechos. En efecto, no basta con que se reconozca la vigencia de los derechos fundamentales al interior de la relación de trabajo, sino que es necesario que los trabajadores, como titulares de estos derechos, cuenten con mecanismos que garanticen su efectivo ejercicio, lo que implica la presencia de cauces procesales idóneos a través de los cuales se puedan plantear las posibles lesiones a los mismos y obtener una adecuada reparación.

Varios instrumentos internacionales han enfatizado sobre esta cuestión expresando que *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*<sup>205</sup>. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece en su artículo 25 el derecho de toda persona *“a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*. A su turno, en Uruguay no existe norma constitucional que consagre expresamente este derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, a través de la técnica de los derechos implícitos<sup>206</sup> se argumenta su consagración constitucional a

---

<sup>204</sup> PANIZZA, Carolina, op. cit., p. 11.

<sup>205</sup> Artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>206</sup> Con este término se identifican aquellos enunciados normativos que se pueden inferir de las reglas y principios que indudablemente forman parte del ordenamiento jurídico, y que pueden ser aplicadas a un caso no resuelto por las normas explícitas.

partir de lo expresado en el artículo 72<sup>207</sup>, ya sea por entenderse se trata de un derecho inherente a la personalidad humana (como lo preceptúan los distintos instrumentos internacionales) o deriva directamente de la forma republicana de gobierno, pautada por la atribución al Estado de solucionar los conflictos que se susciten entre los particulares<sup>208</sup>.

Se trata en rigor de una exigencia de tutela jurisdiccional que se expresa como un derecho subjetivo que permite a las personas que ven amenazados o lesionados sus derechos acudir al Estado (especialmente a los Tribunales) requiriendo la protección jurídica de los mismos. En este sentido, la noción de tutela judicial efectiva hace relación, al *“reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales”*<sup>209</sup>.

De esta manera, no basta la implementación legal de una simple acción judicial, sino que se *“debe instaurar toda una maquinaria estatal (orgánica y procesal) dirigida a lograr la tutela efectiva de los derechos (una tutela intencionada) que responda sobre el fondo del asunto.”*<sup>210</sup>, es decir que debe existir -en el diseño de la acción jurisdiccional- una verdadera vocación de tutelar satisfactoriamente los derechos fundamentales cuando aquellos se vean afectados (o amenazados). Tal como apunta Carbonell, *“Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede*

---

<sup>207</sup> DURÁN, Augusto, “La tutela jurisdiccional efectiva y el contencioso administrativo de anulación en Uruguay”, en *Estudios Jurídicos*, 13, p.118.

<sup>208</sup> DELPIAZZO, Gabriel, *Tutela jurisdiccional frente a la administración*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2009, p. 31.

<sup>209</sup> GARCIA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, “El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Procesos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Vol. 11, No. 2, 2013, pp. 229-282.

<sup>210</sup> JENKINS PEÑA Y LILLO, Gaspar, “La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva”, en *Estudios Constitucionales*, Vol 18, No. 1, 2020, p. 228.

*considerarse como cumplida por los Estados Parte la obligación de ofrecer esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos”<sup>211</sup>.*

En este entendido, la efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela jurisdiccional, puesto que una tutela que no sea efectiva, por definición, no será tutela<sup>212</sup>, y esta efectividad se concretará en la existencia de un estándar sustantivo -lo que constituye el contenido mismo del derecho- sobre el cual deben estructurarse las vías jurisdiccionales que se ponen a disposición para resolver los conflictos jurídicos y, con ello, obtener protección a sus derechos.

En el caso uruguayo, tal como precisamos anteriormente, existe un evidente déficit en la existencia de mecanismos idóneos de tutela efectiva de derechos fundamentales, lo que se expresa, precisamente, en la falta de cauces procesales específicos. Así entonces, la interrogante que surge es ¿qué tan eficaces resultan ser los mecanismos judiciales en manos de los trabajadores para restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto que importe una amenaza o lesión a los mismos?

La respuesta a esta cuestión, va a dejar al descubierto la necesidad del sistema de relaciones laborales uruguayo de adoptar un procedimiento judicial especial que tenga como objeto la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores.

### **3. ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS**

---

<sup>211</sup> CARBONELL, Miguel, “La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli”, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2005, pp.197-198.

<sup>212</sup> DELPIAZZO, Gabriel, op. cit., p. 17.

## TRABAJADORES A LA LUZ DEL ESTÁNDAR SUSTANCIAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

### a. Elementos sustanciales de la Tutela Judicial Efectiva

Al no ser materia de este trabajo abordar en profundidad la tutela judicial efectiva en tanto derecho fundamental, para efectos del presente trabajo será suficiente con referirnos a los presupuestos inherentes a la esencia del mismo y que constituyen su mínimo sustancial: el acceso a la justicia, el debido proceso, y el principio de efectividad.

El primer elemento señalado es el derecho de acceso a la jurisdicción, entendido como aquel que exige “*abrir la puerta de los tribunales a los derechos e intereses que puedan requerir tutela estatal*”<sup>213</sup>, en decir garantizar la disponibilidad de acciones para que las personas las utilicen cuando estimen necesario acudir a un Tribunal a requerir la protección de algún derecho, sin más trabas o formalidades que las estrictamente necesarias y justificadas, al respecto se ha afirmado que “*las personas deben tener una verdadera y real posibilidad de acceder a la jurisdicción*”<sup>214</sup>.

En cuanto al debido proceso, si bien la doctrina discute sobre la naturaleza de la relación que existe entre el derecho la tutela judicial efectiva y el debido proceso -e incluso si es que realmente son derechos diferentes-<sup>215</sup> a los efectos del presente trabajo y considerando que la tutela judicial es un derecho para activar el proceso y producir una decisión judicial<sup>216</sup>, es posible entender al debido proceso como un medio para asegurar,

---

<sup>213</sup> COFRÉ, Leonardo, “Derechos a la tutela judicial y a la asistencia jurídica”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (Editores), *Curso de Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 255.

<sup>214</sup> MARABOTTO, Jorge, “Un derecho humano esencial: El acceso a la justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer-Stiftung, 2003, p. 294.

<sup>215</sup> Al respecto ver COFRÉ, Leonardo, op. cit., p. 254.

<sup>216</sup> BORDALÍ, Andrés, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 38, p. 323-324.

en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. En consecuencia, la efectividad de la tutela jurisdiccional comporta necesariamente también el derecho a obtener durante la sustanciación del proceso garantías de que la actividad a desarrollar por el Tribunal sea llevada de manera tal que permita exponer debidamente los aspectos fácticos y jurídicos, una regulación cautelar del bien en litigio y la concreción de un procedimiento judicial conforme a la igualdad y la racionalidad.

Finalmente, es inherente al derecho objeto de análisis que *“un tribunal resuelva las pretensiones conforme a derecho, y a que estas resoluciones, revestidas de fuerza de cosa juzgada, puedan ser ejecutadas compulsivamente en caso de ser necesario, buscando siempre lograr la efectividad de las decisiones emanadas de un juez competente.”*<sup>217</sup>.

#### **b. Vías de protección jurisdiccional para la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores**

La protección jurisdiccional puede darse -esencialmente- a través de tres vías distintas: la constitucional, la laboral ordinaria, o a través de un procedimiento especial de tutela laboral. En el caso de Uruguay, podemos encontrar exclusivamente las dos primeras,

---

<sup>217</sup> JENKINS PEÑA Y LILLO, Gaspar, op. cit., p. 224.

careciendo de un procedimiento especial como ocurre en otros países como España<sup>218</sup>, Nicaragua<sup>219</sup> o más cerca en nuestra realidad, en Chile<sup>220</sup>.

Por una parte, el modelo de tutela constitucional es aquel que encarga la protección de los derechos fundamentales al Derecho Constitucional. Se trata de una opción tradicional

---

<sup>218</sup> El procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales establecido en los artículos 177 a 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tiene por objeto el conocimiento por parte de los órganos judiciales de la jurisdicción social de toda lesión actual de los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición del tratamiento discriminatorio y el acoso.

<sup>219</sup> El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua, Ley No. 815, en vigencia desde el año 2013, establece nuevas modalidades especiales en la tramitación de las causas que se originan de un conflicto laboral cuando la base de estos conflictos es la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores (tanto específicos como inespecíficos). Su alcance se circunscribe a cuatro temáticas, las cuales están subsumidas dentro de la Declaración de principios y derechos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>220</sup> La ley No. 20.087 del año 2006 incorpora al Código del Trabajo (artículos 485 y ss.) un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales mediante el cual se pretende la protección de una indicación selectiva de aquellos derechos fundamentales de los trabajadores (derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, intimidad, privacidad, honor, derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos, libertad de expresión, libertad de trabajo, derecho a la no discriminación y derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales). En términos generales, el procedimiento prevé elementos especiales atendiendo al bien jurídico que se pretende tutelar como una forma de otorgar mayores garantías, así, se plantea una legitimación activa amplia (trabajador, sindicato e Inspección del Trabajo); se consagra una rebaja del estándar probatorio, según el cual el trabajador sólo debe acreditar indicios de la violación del derecho fundamental, siendo carga del empleador acreditar las razones objetivas y razonables de su conducta; asimismo, el procedimiento de tutela incorpora una suerte de reparación del daño moral que no necesariamente se traduce en el pago de una suma de dinero.

del derecho latinoamericano<sup>221</sup>, que se hace operativa por la vía de las denominadas acciones de amparo<sup>222</sup>.

En Uruguay, si bien es procedente la vía de amparo constitucional (Ley No. 16.011) en situaciones en las cuales es necesaria una tutela efectiva de los derechos fundamentales, no resulta ser la vía más utilizada para la protección de los derechos laborales inespecíficos de los trabajadores. Los casos que se revisan por este procedimiento en forma más frecuente son en materia de ejercicio de derecho de huelga -especialmente la ocupación de los lugares de trabajo, piquetes o bloqueos- ya que se ha utilizado este mecanismo por los trabajadores no huelguistas y las empresas, para defender sus derechos a la libertad de trabajo y propiedad respectivamente. En estos casos, la jurisdicción Civil es quien asume competencia (residual) y entiende en las acciones de amparo promovidas, ya que se prevé que la Justicia Laboral sólo tiene competencia en materia de conflictos individuales de trabajo<sup>223</sup>.

No obstante lo referido, y específicamente en el marco de las relaciones laborales, son varias las leyes especiales que remiten a esta vía y utilizan la acción de amparo como mecanismo protector y garante de derechos y libertades fundamentales<sup>224</sup>. Así, en casos

---

<sup>221</sup> Por ejemplo, en Perú la acción de amparo para tutelar derechos reconocidos en la Constitución es una vía que ha sido muy utilizada por los trabajadores. En efecto, es numerosa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se han resuelto conflictos de derechos fundamentales en donde se analizan derechos tales como la libertad de trabajo, igualdad y no discriminación, estabilidad laboral, jornada de trabajo, poder de dirección y control del empleador, secreto de las comunicaciones, libertad sindical, etc. (Al respecto ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Palestra Editores S.A.C., 2006.).

<sup>222</sup> UGARTE, José Luis, op. cit., p. 37.

<sup>223</sup> La Ley No. 18.572 establece en su artículo 2 que “*Los Tribunales de la jurisdicción laboral entenderán en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo*”.

<sup>224</sup> LÓPEZ, Claudio, “La acción de amparo en el ámbito del derecho laboral”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año VI, No. 18, 2018, p. 100.

de reinstalación de un trabajador despedido por motivos sindicales (Ley No. 17.940) para quienes detentan la calidad de delegados o representantes sindicales despedidos<sup>225</sup>, con la particularidad que se invierten los principios de carga probatoria, correspondiendo al empleador “*acreditar la existencia de una causa razonable de despido, relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (el despido), mientras que el trabajador solamente deberá fundamentar por qué sostiene que fue perjudicado en su actividad sindical*”<sup>226</sup>. Asimismo, en casos de acoso sexual (Ley No. 18.561) el trabajador afectado puede optar por esta vía o bien protecciones por parte de la justicia laboral ordinaria. Idéntica solución brinda la Ley sobre discriminación por sexo (Ley No. 16.045), la que ha tenido una escasa repercusión tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional.

Por otra parte, el modelo laboral ordinario encarga la protección por las vías ordinarias previstas en el Derecho del Trabajo (Leyes No. 18.572 y No. 18.847). Se trata del procedimiento general estructurado sobre la concepción patrimonial propia del nacimiento del Derecho del Trabajo, en donde el conflicto central objeto del mismo involucra el ejercicio de derechos económicamente valorables sin reconocer la dimensión moral del trabajador, por lo que el cauce procesal para la protección de derechos no patrimoniales no resulta ser suficiente para lograr una tutela efectiva.

Esta carencia se ha pretendido suplir a partir de la creación -tanto doctrinaria como jurisprudencial- de figuras tales como la del “despido abusivo”, a través de la cual se pretende la protección del trabajador cuyo despido resultó ser un acto especialmente

---

<sup>225</sup> En el resto de los casos en donde se vulnere la libertad sindical de los trabajadores, el procedimiento que debe seguirse es el ordinario.

<sup>226</sup> LÓPEZ, Claudio, op. cit., p. 104.

injustificado del empleador<sup>227</sup>, impuesto en forma dolosa o culpable, con un motivo ilícito<sup>228</sup> y que provoque un daño<sup>229</sup>. Este es uno de los cauces más utilizados a efectos de velar por la protección de derechos tales como la no discriminación, la integridad física o psíquica, etc., siempre, al término de la relación de trabajo, siendo prácticamente inexistentes los pronunciamientos en este sentido estando vigente la relación laboral.

### **c. Tutela incompleta de los derechos de los trabajadores**

La particular posición de sometimiento del trabajador hace necesaria su protección, esto es -precisamente- el objeto esencial del Derecho del Trabajo, el que se expresa a través de distintas funciones para lograr dicho cometido: la tutela de los derechos laborales propiamente tales, como el salario, la limitación de la jornada o la estabilidad en el empleo; el reconocimiento y protección de los derechos específicamente laborales como la libertad sindical, negociación colectiva y huelga; y finalmente, los derechos fundamentales inespecíficos como la privacidad, la integridad física y psíquica o la honra, todos ellos atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano.

Un modelo de protección robusto a los trabajadores implica la tutela de todas y cada una de estas dimensiones, situación que no ocurre en el caso uruguayo. En efecto, el diseño del modelo de relaciones laborales resulta incompleto, ya que ha dejado una dimensión olvidada y es la de la protección jurisdiccional eficaz de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores.

---

<sup>227</sup> PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, Tomo II, Vol I, Acali, 1978, p. 256.

<sup>228</sup> BARBAGELATA Héctor-Hugo, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Vol. 2, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 243.

<sup>229</sup> MANGARELLI, Cristina y ROSENBAUM, Jorge, “El despido abusivo en el derecho uruguayo”, en *Derecho de Derecho Laboral*, Tomo XXXI, No. 151, 1988, p. 520.

Así, es posible evidenciar que el estándar mínimo que exige el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta satisfecho, y esto por varias razones.

En lo que refiere al acceso a la jurisdicción, una observación que puede hacerse es en lo que refiere a la legitimación activa requerida, la que puede verse restrictiva en la práctica ya que se excluye toda posibilidad de que una organización sindical pueda accionar frente a actos -por ejemplo, de discriminación- que sufran sus afiliados.

Referido al estándar del debido proceso, es posible advertir varias carencias, pero la más sobresaliente es en materia probatoria. En efecto, no se prevé una regla especial sobre la carga de la prueba, por lo que se hace recaer la misma en el trabajador demandante lo que resulta ser complejo atendiendo el contexto probatorio hostil que enfrenta el trabajador que demanda tutela de sus derechos fundamentales. Esta imposibilidad o dificultad probatoria en la que se encuentra el trabajador provoca un efecto perverso, ya que desanima a la presentación de acciones por el riesgo que implica iniciar un procedimiento sin poder lograr el pleno convencimiento del juez, además de los costos económicos y la pérdida de tiempo que esto implica.

Pero además, en el caso de la Acción de Amparo, si bien lo rápido o sumario de su procedimiento -en un contexto de lentitud de la justicia ordinaria- resulta ser un activo de esta modalidad, se trata de una vía limitada en cuanto a la excepcionalidad que reviste (atendiendo a su carácter supletorio o residual), y en lo concerniente a su propia naturaleza, ya que la estructura procesal no reconoce la especialidad del ámbito laboral ni la debilidad del trabajador, lo que impacta directamente en materia probatoria y sancionatoria. En este sentido, la falta de especificidad e idoneidad del mecanismo deja en evidencia sus debilidades para proteger en forma eficaz a los trabajadores ante vulneraciones a sus derechos fundamentales en el marco de una relación de trabajo.

Por su parte, en el caso del modelo laboral ordinario, la tutela que provee no resulta estar a la altura de la jerarquía de los derechos que se pretenden tutelar. Además, generalmente estos procedimientos son utilizados para proteger al trabajador al momento de la finalización de la relación de trabajo, lo que deja afuera la solución de conflictos de derechos fundamentales que pueden presentarse en forma previa como en el transcurso de la relación laboral.

En relación a la efectividad de la decisión jurisdiccional, es importante relevar que si bien hay algunas excepciones<sup>230</sup> en general los modelos analizados se sustentan sobre una reparación de tipo patrimonial, incluso en algunos casos la reparación del daño moral se encuentra tarifada<sup>231</sup>, lo que no resulta idóneo con una protección robusta. A fin de cuentas, establecer un sistema reparatorio integral y no exclusivamente monetario, sirve como un freno a la mercantilización de los derechos fundamentales, ya que, de seguir con los sistemas de reparación exclusivamente indemnizatorios, el resultado se traduce en el pago de una suma de dinero y, por tanto, la lesión se termina convalidando.

Indudablemente, las acciones analizadas resultan insuficientes ante los estándares mínimos que impone la tutela judicial efectiva. De ello se concluye la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico uruguayo de un procedimiento especial que no responda exclusivamente a la lógica de intercambio de servicio por dinero, sino que se estructure de manera tal que considere al trabajador en su dimensión moral. En este sentido, el procedimiento especial de tutela laboral es la modalidad diseñada desde la especialidad que merecen los derechos que están comprometidos, ya que este modelo “*viene a ser la*

---

<sup>230</sup> En caso de despido de un dirigente sindical (Ley No. 17.940) se prevé la posibilidad de declarar la nulidad del acto lesivo.

<sup>231</sup> La Ley No. 18.561 que busca prevenir y sancionar el acoso sexual en el ámbito laboral y de docencia, en su artículo 11 señala que la víctima “*tendrá derecho a reclamar al responsable una indemnización por daño moral mínima equivalente a seis mensualidades*”.

*traducción procesal de la idea de eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata o directa en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado entre la relación laboral -el empleador-<sup>232</sup>*

#### **4. ¿CÓMO DISEÑAR UN MODELO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EFICAZ?**

A modo de conclusión, resulta importante destacar cuáles son los elementos o características indispensables al momento de diseñar un modelo de tutela de derechos laborales inespecíficos de forma de que se consagre una eficaz y oportuna protección, unida a garantías procedimentales adecuadas considerando el escenario laboral.

En primer lugar, resulta fundamental que la protección de los derechos fundamentales inespecíficos alcance el período precontractual, el desarrollo y la finalización de la relación de trabajo, de lo contrario, la protección resulta incompleta. En este caso, ninguno de los modelos expuestos en el capítulo precedente responde al modelo de protección temporal que requiere un estándar de protección eficaz, ya que los mismos son ejercidos en ocasión del despido o a la finalización de la relación laboral. Que la protección opere de esta manera, deja un espacio muy amplio para la arbitrariedad, considerando además que es habitual la existencia de arbitrariedades o lesiones en la fase de oferta o formación del contrato y durante el desarrollo de la relación laboral.

---

<sup>232</sup> UGARTE, José Luis, *El derecho a la no discriminación en el trabajo*, Santiago, LegalPublishing, 2013, pp. 57-58.

En segundo lugar, la tutela debe amparar la mayor cantidad de derechos fundamentales del trabajador, *“mientras más amplio y generoso sea el catalogo de derechos de esta naturaleza protegidos al trabajador, de mayor calidad es la tutela provista por el derecho”*<sup>233</sup>.

En tercer lugar, atendiendo el contexto de subordinación en el que se desarrolla la relación de trabajo, el procedimiento debe prever una legitimación activa amplia, es decir, la posibilidad de que no sólo el trabajador afectado sea quien denuncie, sino también que la organización sindical pueda promover la acción de tutela de derechos fundamentales a efectos de reprimir conductas lesivas. Por ejemplo, en el sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no se requiere que el peticionario tenga la calidad de víctima. Tampoco se exige vínculo alguno entre el peticionario y la víctima, incluso las peticiones pueden plantearse sin el consentimiento de ésta. La tendencia, dada la posición vulnerable de una víctima, es a que otros puedan actuar de modo que un Tribunal llegue a conocer de la eventual lesión.

En cuarto lugar, atendiendo el difícil escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar en las denuncias por violación o lesión de derechos fundamentales, resulta imprescindible la reducción de la carga probatoria. Esto no quiere decir que se invierta la carga de la prueba, ya que en ese caso sería suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria. sino que se trata de una técnica probatoria distinta, en la que el trabajador no está completamente liberado de prueba, sino que debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la ocurrencia de la conducta lesiva. Y ello significa que el esfuerzo de la víctima en términos de prueba no

---

<sup>233</sup> UGARTE, José Luis, op.cit., p. 41.

exige orientarse a lograr la convicción plena del juez en relación con lo verídico de los hechos, sino a generar una sospecha razonable de que la conducta lesiva se ha producido. De generarse esa sospecha y no ser destruida por la prueba presentada en el juicio por el empleador, debe darse por acreditada la vulneración.

Este es el mayor déficit que presentan los modelos de protección analizados, en tanto hay una elevada exigencia probatoria al trabajador que denuncia la lesión de sus derechos fundamentales, lo que trae como consecuencia el rechazo de la pretensión o el efecto inhibitorio de denunciar una eventual vulneración de derechos fundamentales.

En quinto lugar, al respecto se ha precisado la necesidad de un sistema reparatorio eficaz e integral. En este sentido, lo razonable es que constatada la vulneración del derecho fundamental se dispongan las medidas a efectos de retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior, o en todo caso se de la opción al trabajador para que escoja o bien la indemnización, o la nulidad del acto que le dio origen a la vulneración, ello atendiendo la naturaleza no patrimonial de los derechos comprometidos.

La solución que se presenta como óptima es la de adicionar a la medida antes señalada, una solución complementaria como la de establecer medidas reparatorias no monetarias, como ya es aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“la reparación que ordene el juez especial del trabajo podría adquirir la forma de: a) Rehabilitación que habría de incluir atención médica y psicológica; b) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; c) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente*

*vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) Garantías de no repetición, etc”<sup>234</sup>.*

En el escenario actual, en donde los derechos inespecíficos no gozan de un buen cauce a efectos de su protección, creemos que es necesario avanzar hacia la construcción de un modelo robusto de tutela de los derechos fundamentales de la mano de un procedimiento especial que contemple los presupuestos sustanciales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a la vez que tenga por objeto proteger el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras ante cualquier amenaza, restricción o lesión que carezca de una justificación razonable.

A la luz las transformaciones que están ocurriendo en las relaciones laborales en tanto relaciones de poder, tales como su creciente individualización, en detrimento de la protección acordada por los mecanismos colectivos; la aparición de nuevas tecnologías que facilitan los sistemas de control y vigilancia, pero que conllevan el riesgo de afectar la esfera personal e íntima del trabajador; y el multiculturalismo, que acentúa la necesidad de proteger las diferencias religiosas e ideológicas de los trabajadores<sup>235</sup>, poco a poco se volverá urgente poner en el centro del debate este aspecto, pues de no ocurrir, la deficiencia del sistema uruguayo en materia de tutela judicial efectiva de derechos fundamentales terminará sepultando la idea de ciudadanía en la empresa.

\*\*\*

---

<sup>234</sup> AGUILAR, Gonzalo y CONTRERAS, Cristian, “El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile”, Ius et Praxis, Volumen13, N° 1, Talca, 2007, p. 24.

<sup>235</sup> BLANCAS, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2007, p. 16.

**Informe:**

## **COVID-19: UNA OPORTUNIDAD PARA UNA RECUPERACIÓN VERDE Y JUSTA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

JOSÉ ANTONIO IGLESIAS CÁCERES<sup>236</sup>

El reciente informe de la OIT “*Una recuperación verde y justa en América Latina y el Caribe: una perspectiva desde el mundo del trabajo*”<sup>237</sup>, destaca que la COVID-19 ha ocasionado una devastación sin precedentes en el mundo del trabajo que no deja afuera a los empleos verdes. Conforme a estimaciones de la OIT, en América Latina y el Caribe, durante el año 2019 cerca de 78 millones de personas trabajaban en alguno de los sectores denominados clave para la transición justa (las Directrices de políticas para una transición justa hacia economía y sociedades ambientalmente sostenibles para todos adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT en 2015 hacen referencia al conjunto de políticas necesarias para promover la creación de empleo verde en condiciones de trabajo decente con el objetivo de preservar el medioambiente). De estos 78 millones, el 72% son hombres y el 28% restante son mujeres, lo que da cuenta de la brecha de género existente vinculada a los empleos verdes en la región. Sin dudas, que la crisis generada por la pandemia de la COVID-19 ha significado un empeoramiento en las condiciones de trabajo en aquellos sectores claves para la protección del medioambiente y la lucha contra el cambio climático de la región, esto viene a significar, que aquellos sectores centrales

---

<sup>236</sup> Docente de Teoría de las Relaciones Laborales en la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Abogado Asesor en la Dirección Nacional de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Las opiniones aquí vertidas son exclusivamente a título personal y no comprometen en absoluto a las referidas Instituciones.

<sup>237</sup> [https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS\\_763724/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_763724/lang--es/index.htm)

para la transición justa se han visto claramente afectados, provocando así, un aumento en los niveles de informalidad y reducción de ingresos, lo que ha impactado negativamente en el medioambiente en la región, lo que ha ocasionado aumento de los niveles de deforestación, minería ilegal y disminución de reciclaje, lo que genera mayores presiones sobre los ecosistemas y recursos naturales de la región.

Pero, si miramos el potencial de creación de empleos verdes en la región vinculados a procesos de descarbonización, nos encontramos que la OIT y el BID (2020) estiman la posibilidad de que se generen 15 millones de nuevos empleos, los cuales pueden ayudar a revertir la situación de pérdida de empleo producida por la COVID-19, estimada en 47 millones de empleos (OIT- CEPAL, 2020).

En cuanto a la respuesta de los países, se destacan algunas señales positivas tendientes a la descarbonización de las economías y hacia una transición justa, destacándose las que refieren al teletrabajo, la movilidad sostenible, la producción de alimentos orgánicos y de cercanía, entre otras. Sin embargo, es posible advertir, que los países no están impulsando su gasto público para la recuperación postCOVID-19 con criterios ambientales, lo que desafortunadamente, está provocando que se pierdan oportunidades para mantener y crear nuevos empleos verdes.

En una región, donde se estima que una de cada dos personas trabajadoras tiene un empleo informal, es necesario estimular las políticas de formalización del empleo y refuerzo de la protección social, ya que son esenciales para la creación de empleos verdes.

### **ALGUNAS PREGUNTAS PARA REFLEXIONAR**

Finalmente, y considerando estas cuestiones, es pertinente realizarnos las siguientes preguntas:

¿es posible abordar conjuntamente los impactos socio-económicos provocados por la COVID-19 y promover la descarbonización y la protección en la región?

Y en caso de ser posible, ¿cómo puede reforzarse y acelerar el cambio?

Ante ellas, mi respuesta es: SÍ; con firme voluntad política y compromiso de todos los actores sociales.

\*\*\*

# TRIPALIUM

## Justicia Social y Trabajo Decente

La e-revista **TRIPALIUM** es una publicación digital sobre temas de Derecho Laboral, Relaciones Laborales y Seguridad Social dirigida a la comunidad académica nacional e internacional.

Es una revista gratuita y sin ánimo de lucro que permite la publicación de trabajos científicos originales, así como también, toda otra información de interés para la comunidad laboralista.

El propósito de la misma es contribuir mediante el estudio, la reflexión y la acción fecunda, a construir un mundo con más Justicia Social y más Trabajo Decente.

Montevideo, 20 de febrero de 2019.

## LA COVID-19 Y UNA RECUPERACIÓN VERDE

“La agenda de Transición Justa de la OIT es un lente para mirar la intersección entre el mundo del trabajo y el medio ambiente y el doble impacto del mundo del trabajo sobre el medio ambiente y a la inversa. En América Latina y el Caribe la COVID-19 ha ocasionado una devastación sin precedente en el mundo del trabajo. Por otra parte, la crisis ambiental es el mayor reto que debemos enfrentar como sociedad y planeta”. #OIT

[www.tripaliumsite.wordpress.com](http://www.tripaliumsite.wordpress.com)



**TRIPALIUM**  
Justicia Social y Trabajo Decente

Correo electrónico: [tripaliumsite@gmail.com](mailto:tripaliumsite@gmail.com)

Twitter: [@tripaliumsite](https://twitter.com/tripaliumsite)

Dirección y Administración  
Vilardobó 1881  
Montevideo - Uruguay

Copyright © 2021 - Sírvase citar: e-revista **TRIPALIUM**