

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 46 - número 102 - 2021-I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones



# El Derecho del Trabajo en la Actualidad

---

**Adrián O. Goldín**

Coordinador



**ABELEDOPERROT**



**ABELEDOPERROT**



**Revista Jurídica de Buenos Aires - año 46 - número 102 - 2021-I**

---

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires**

---

**Departamento de Publicaciones**

# **El Derecho del Trabajo en la Actualidad**

---

**Adrián O. Goldin**

Coordinador



**Revista Jurídica de Buenos Aires - año 46 - número 102 - 2021-I**

---

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires**

---

**Departamento de Publicaciones**

# **El Derecho del Trabajo en la Actualidad**

---

**Adrián O. Goldin**  
Coordinador



**ABELEDOPERROT**

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2021  
© de esta edición, Thomson Reuters, 2021  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISSN 0326-7431

# **REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES**

## **FACULTAD DE DERECHO, UBA**

*Codirectores:*

Pedro Aberastury

Marta Rosa Vigevano

*Secretaría de Redacción:*

Emiliano Buis

### **MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL**

Marcelo Alegre (UBA)

Laurence Boisson de Chazournes (Université de Genève)

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

Alberto Dalla Via (UBA)

Diana Maffía (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Pedro Nikken (Universidad Central de Venezuela)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

Edmundo Vargas Carreño (Universidad Nacional de Chile)

María Elsa Uzal (UBA)

Daniel Vitolo (UBA)

### **COMITÉ EVALUADOR**

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Edgardo Donna (UBA)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Andrea Gastrón (UBA)

Silvina González Napolitano (UBA)

Carla Huerta (UNAM, México)

Patricia Llerena (UBA)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Fabián Salvioli (Universidad Nacional de La Plata)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

### **Colaboradores del Consejo Editorial**

Natalia Luterstein

### **Revisión de títulos, resúmenes y palabras claves en Inglés**

Marcos Kotlik

# **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

*Decano:* Alberto J. Bueres

*Vicedecano:* Marcelo Gebhardt

## **CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

### **CLAUSTRO DE PROFESORES**

*Consejeros Titulares:* Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

*Consejeros Suplentes:* Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina/ Alejandro Norberto Argento

### **CLAUSTRO DE GRADUADOS**

*Consejeros Titulares:* Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

*Consejeros Suplentes:* Elisa Graciela Romano / Gisela María Cendarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

### **CLAUSTRO DE ESTUDIANTES**

*Consejeros Titulares:* Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

*Consejeros Suplentes:* Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

### **SECRETARIOS**

*Secretaría Académica:* Silvia C. Nonna

*Secretario de Administración:* Carlos A. Bedini

*Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil:* Oscar M. Zoppi

*Secretario de Investigación:* Daniel Pastor

*Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales:* Marcelo Haissiner

### **SUBSECRETARIOS**

*Subsecretario Académico:* Lucas G. Bettendorff

*Subsecretario de Administración:* Rodrigo Masini

*Subsecretario de Investigación:* Emiliano J. Buis

*Subsecretario Técnico en Administración:* Daniel Díaz

*Subsecretaría de Planeamiento Educativo:* Noemí Goldsztern de Rempel

### **DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

*Directora:* Mary Beloff

*Subdirector:* Luis R. J. Sáenz

*Secretario:* Jonathan M. Brodsky

**ÍNDICE**  
*REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES*  
**AÑO 46, NÚMERO 102, 2021-I, BUENOS AIRES**

PRESENTACIÓN

ADRIÁN O. GOLDIN.....	3
-----------------------	---

DOCTRINA

ALAIN SUPIOT: <i>Homo faber</i> : continuidad y rupturas.....	11
HÉCTOR OMAR GARCÍA: El nuevo régimen jurídico del teletrabajo y los nuevos derechos específicos del teletrabajador.....	35
FERNANDO J. CAPARRÓS: El teletrabajo. Una reflexión en tiempos de pandemia....	73
MIGUEL ÁNGEL MAZA: Reflexiones sobre derechos laborales básicos, orden público laboral, garantías constitucionales y desempleo estructural. Puntos de partida para pensar propuestas normativas tendientes a aumentar el empleo en número y calidad.....	113
JUAN PABLO MUGNOLO: El diálogo social y la concertación en el sistema argentino de derecho de las relaciones colectivas de trabajo.....	139
WILFREDO SANGUINETTI RAYMOND: Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras.....	167
ARTURO S. BRONSTEIN: El nuevo derecho del trabajo de la República Popular China.....	221
MARIO E. ACKERMAN: Para reemplazar el pacto de cuota litis en los créditos laborales sin daños colaterales.....	255

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE: Juan Pablo Mugnolo, (dir.); Martín Golcman y Lucas Caparrós (coords.), <i>Derecho Colectivo del Trabajo</i> , Buenos Aires, Ediar, 2019 .....	273
GASTÓN LÓPEZ ARGONZ: Liliana Hebe Litterio, <i>Trabajadores plataformas-dependientes en la Argentina y en el mundo. ¿De la informatización al informalismo? Trabajo “a pedido” a través de aplicaciones de transporte y entrega de mercaderías a domicilio</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1 <sup>a</sup> ed. Thomson Reuters, La Ley, 2020.....	277
LUCAS CAPARRÓS: Marisa Herrera, Silvia Eugenia Fernández y Natalia de la Torre (dirs.); Carolina Videtta, Gabriela Vázquez y María Eugenia Plaza (coords.), <i>Tratado de Géneros, Derechos y Justicia: Derecho del Trabajo</i> , Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020.....	283
MARTÍN FEDERICO GOLCMAN: María Luz Rodríguez Fernández, <i>Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica</i> , Albacete, 1 <sup>a</sup> ed. Bomarzo, 2020 .....	289
ADRIÁN O. GOLDIN: Carmelo Mesa-Lago, <i>Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina (1980-2020): promesas y realidades</i> , Ciudad de México, Ed. Fundación Friedrich Ebert, 2020 .....	295
Apéndice. Pautas para la presentación de originales .....	299

**INDEX**  
*REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES*  
**YEAR 46, NUMBER 102, 2021-I, BUENOS AIRES**

PRESENTATION

ADRIÁN O. GOLDIN .....	3
------------------------	---

DOCTRINE

ALAIN SUPIOT: <i>Homo faber</i> : continuity and ruptures .....	11
HÉCTOR OMAR GARCÍA: The new teleworking law and the new specific rights for teleworkers .....	35
FERNANDO J. CAPARRÓS: Teleworking. Reflections in a time of pandemic .....	73
MIGUEL ÁNGEL MAZA: Reflections on basic labor rights, labor public order, constitutional guarantees, and structural unemployment. Starting points to think regulatory proposals tending to increase employment in number and quality .....	113
JUAN PABLO MUGNOLO: Social dialogue and concertation in the Argentinian labor law collective relations .....	139
WILFREDO SANGUINETTI RAYMOND: Global production chains and the creating of a labor right without borders .....	167
ARTURO S. BRONSTEIN: The new labor law of the People's Republic of China ....	221
MARIO E. ACKERMAN: Replacing the pactum de quota litis in labor claims with no collateral damages .....	255

BOOK REVIEWS

Juan Pablo Mugnolo (dir.); Martín Golcman, and Lucas Caparrós (coords.), <i>Derecho Colectivo del Trabajo</i> , Buenos Aires, Ediar, 2019, comment of DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE .....	273
--	-----

Liliana Hebe Litterio, <i>Trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo. ¿De la informatización al informalismo? Trabajo “a pedido” a través de aplicaciones de transporte y entrega de mercaderías a domicilio</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1 <sup>a</sup> ed. Thomson Reuters, La Ley, 2020, comment of GASTÓN LÓPEZ ARGONZ .....	277
Marisa Herrera, Silvia Eugenia Fernández and Natalia de la Torre (dirs.); Carolina Videtta, Gabriela Vázquez, and María Eugenia Plaza (coords.), <i>Tratado de Géneros, Derechos y Justicia: Derecho del Trabajo</i> , Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, comment of LUCAS CAPARRÓS.....	283
María Luz Rodríguez Fernández, <i>Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica</i> , Albacete, 1 <sup>a</sup> ed. Bomarzo, 2020, comment of MARTÍN FEDERICO GOLCMAN.....	289
Carmelo Mesa-Lago, <i>Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina (1980-2020): promesas y realidades</i> , Ciudad de México, Ed. Fundación Friedrich Ebert, 2020, comment of ADRIÁN O. GOLDIN.....	295
Guidelines for the submission of articles.....	305

## PRESENTACIÓN



## PRESENTACIÓN

Íntimamente transido por debates axiológicos, políticos, económicos, sociales y tecnológicos, el Derecho del Trabajo está ya desde hace tiempo en “zona de tormenta”. Operan sobre él, de un lado, reclamos y presiones, demandas y propuestas, ataques y ejercicios de resistencia; de otro lado, procesos de renovación tecnológica, organizacional y contractual —el trabajo de plataformas y el teletrabajo o trabajo a distancia y, por supuesto, las diversas implicaciones de la pandemia de la COVID-19 entre sus manifestaciones actuales de mayor alcance— cuyo ritmo y contenidos se aceleran y mutan. Con el correr de los años, cambios acentuados en la naturaleza, la fisonomía y la imagen cultural del trabajo humano, nuevas formas de organizarlo y también de organizar la producción, heterogeneidad creciente de los procesos de trabajo y, en su consecuencia, también de las categorías profesionales y de las exigencias de formación, alteraciones en las secuencias de las carreras profesionales, cambios en el funcionamiento de los mercados y de la economía en su conjunto, fenómenos demográficos de fuerte incidencia sobre el mercado de trabajo, caducidad o menor alcance de categorías conceptuales fundantes —entre otras, y paradigmáticamente, el caso de la *dependencia*—, informalidad extendida y consecuente pérdida de virtualidad de políticas sociales y otras técnicas de cobertura social adscriptas al trabajo, entre otros fenómenos que configuran en conjunto un cuadro de notable complejidad. Complejidad esta que se torna más acentuada aún, si se tiene en cuenta que todas esas formas en que se manifiestan las tensiones de transformación coexisten —con diversa incidencia relativa— con espacios en los que subsisten los modos más tradicionales de configuración del sistema productivo y, en muchos casos, aún con situaciones que pueden calificarse como “pre-fordistas”, que se preservaron al margen de la cultura industrial que se consolidara en la segunda mitad del siglo pasado.

Es que el Derecho del Trabajo, qué duda cabe, está cambiando, y mucho. Es casi un lugar común evocar —como vengo de hacerlo— un nutrido conjunto de fenómenos —económicos, políticos e ideológicos, sociales, culturales, tecnológicos (hoy, incluso, sanitarios)— que contribuyen a explicar ese virtual “estado gaseoso” del ordenamiento jurídico laboral.

Esta entrega de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, dedicada al Derecho del Trabajo, se hace cargo de esa dinámica complejidad, que se encuentra sin dudas “en trayecto”. Es por ello, precisamente, que se ha considerado pertinente

reconocerla para explorar muy diversos ángulos de aproximación a este sector del ordenamiento.

Es desde esa lógica que se ha considerado de la mayor significación iniciar este número con una aproximación que haga eje en el concepto mismo del trabajo humano en su caracterización histórica y contemporánea. Y es justamente Alain Supiot, profesor del Collège de France y doctor *honoris causa* de esta Universidad de Buenos Aires —sin lugar a dudas, uno de los más reconocidos juristas contemporáneos del Derecho del Trabajo y, más vastamente, de la problemática conceptual sobre la que se asientan sus fundamentos— quien exhibe la mayor aptitud para ilustrarnos acerca de la evolución del trabajo y su relación con el hombre que trabaja. En su enfoque, ningún espacio queda para aquella ya añosa hipótesis del *fin del trabajo*, idea a la que reputa absurda pues implicaría el fin de la humanidad que es permanente creadora de nuevos objetos y símbolos. En ese marco, vincula el trabajo con la preocupación ecológica que deja en evidencia que la tierra no es un objeto de apropiación sino el medio vital del que el hombre depende, lo que da particular significación a la necesidad de evitar una sobreexplotación de los recursos naturales y a la de soslayar todo ejercicio de deshumanización del trabajo o, en esa misma lógica, de asimilación del trabajo humano al de los animales o las máquinas.

Uno de los esquemas de vinculación laboral de más reciente tratamiento legislativo y más extensiva utilización durante las etapas de aislamiento obligatorio y restricciones a la circulación de personas dispuestos en el contexto de la pandemia —el del teletrabajo— merece, precisamente por ello, particular y recurrente atención en esta obra. En su caso, Héctor Omar García, profesor regular de esta Facultad de Derecho, aborda de modo minucioso esta regulación. El estudio de Héctor García no se limita al régimen jurídico, sino que se ocupa también de los rasgos centrales de este modo de trabajo, en particular de su definición, sus elementos estructurales, sus caracteres y su tipología; solo luego de ello se emprende el análisis exegético del régimen jurídico que lo regula.

Hemos pedido también a Fernando J. Caparrós, profesor regular de esta facultad y exsubdirector del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que ofrezca su propia visión del tema del teletrabajo. Como fuera anticipado, el modo extenso y dramático en el que este modo de prestación se instalara entre nosotros y en la más vasta experiencia comparada justifica esta recurrencia. Caparrós indaga en sus modos de implantación, las condiciones y atributos de la prestación para que los sujetos que lo protagonizan estén alcanzados por el régimen especial, sus diversas manifestaciones, el régimen jurídico que viene de introducirse entre nosotros, el despliegue que el tema ha adquirido en otras legislaciones y la aplicación de ciertos instrumentos del Derecho Internacional del Trabajo.

Miguel Ángel Maza, profesor titular de la Facultad de Derecho y actual director del Departamento de Derecho del trabajo y la Seguridad Social, se hace cargo de la necesidad de evaluar la viabilidad de un régimen especial de empleo

para las más pequeñas unidades empresariales —las así llamadas “microempresas”— con el objeto de facilitarles la contratación de trabajadores. Con ese objeto, emprende la observación de su viabilidad desde los estándares de los derechos sociales contemplados en el art. 14 bis de la CN, los regímenes estatutarios particulares y los trámites de registro y gestión del empleo dependiente puestos en cabeza de los empleadores.

Ya en el campo de los procesos laborales de carácter colectivo, Juan Pablo Mugnolo, doctor en Derecho por la Universidad de Granada y profesor regular de esta Facultad de Derecho emprende un ejercicio de conceptualización y sistematización de las herramientas de los procesos de diálogo y concertación social a partir del derecho de las relaciones colectivas del trabajo. En ese cometido, se consideran las particularidades del modelo argentino vigente en ese sector del ordenamiento laboral y su tarea se enfoca precisamente sobre ellas, en vinculación con las características de los regímenes de representación de trabajadores y empresarios y las relaciones de negociación y conflicto que se entablan entre unos y otros.

El examen del proceso de construcción de nuevas formas de gobernanza global del mundo del trabajo es asumido como objeto de su trabajo por Wilfredo Sanguinetti Raymond, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. Se trata, sostiene el autor, de considerar este proceso como embrión de un aún inédito Derecho Laboral Transnacional, fruto de la convicción de acompañar el proceso de globalización económica con uno correlativo de globalización jurídica que lo acompaña. En ese marco se examina el uso del poder que ejercen las empresas multinacionales sobre sus cadenas de producción mundiales y los mecanismos de intervención pública en uso para orientar el ejercicio de ese poder.

Esta vez en el plano del derecho comparado, Arturo S. Bronstein, antiguo consejero *senior* en Políticas de Legislación Laboral de la OIT y exsecretario general de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, toma a su cargo la tarea de presentar los grandes rasgos del nuevo Derecho del Trabajo en la República Popular China. Para ello, examina de qué modo este país transitó su trayecto de crecimiento económico que lo condujera a constituirse en la segunda economía mundial, no necesariamente, como es difundida creencia, desde la impiadosa explotación de sus trabajadores, sino también a partir de reformas laborales instrumentadas entre la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI, impregnadas de un claro sentido de protección del trabajo.

Último por su opción temática, pero de ningún modo menos importante, Mario Ackerman, profesor emérito de esta facultad, se ocupa de un tema de inmenso interés práctico: el de la a su juicio necesaria supresión del *pacto de cuota litis* en los procesos laborales, merecedor de reproches que explícitamente enuncia: la afectación de la intangibilidad de los créditos laborales y su incorporación por la reforma de la LCT dispuesta por la dictadura militar en el año

1976. Su eliminación, sugiere, podría ser acompañada y compensada con un cambio en el destino y la función de los recargos indemnizatorios que prevé el art. 2º de la ley 25.323.

Este número se complementa con cinco reseñas bibliográficas.

Diego Marcelo Ledesma Iturbide lleva a cabo la recensión de la obra *Derecho Colectivo del Trabajo*, elaborada por un conjunto de jóvenes y brillantes docentes de esta facultad que examinan de modo riguroso el sistema del derecho de las relaciones colectivas del trabajo y de los fenómenos jurídicos, políticos e ideológicos que subyacen en el mismo, poniendo particular atención en los valores de la libertad sindical y en el modo en que los formulan los órganos de control de la Organización Internacional del trabajo. Desde esa lógica, se examinan los conceptos fundamentales de este sector normativo, las relaciones de asociación y los principios que las nutren, el sistema de negociación colectiva y las relaciones de conflicto.

A su vez, Gastón López Argonz se ocupa de una obra consagrada al estudio de uno de los temas que últimamente ha dado lugar a mayor actividad reflexiva y crítica en todo el mundo: el trabajo de plataformas. Se trata en este caso del libro *Trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo*, de Liliana Hebe Litterio, profesora de esta Facultad de Derecho y distinguida jurista. La autora, señala López Argonz, considera diversos ámbitos nacionales y sectores donde se lleva a cabo esta actividad y su marco jurídico y jurisprudencial comparado, para ocuparse con particular atención del ordenamiento jurídico argentino y de las normas locales dictadas en la materia, en particular en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en Mendoza, así como de los comercios que se adhieren al servicio de las plataformas. Los servicios de reparto a domicilio y los de transporte de personas reciben especial tratamiento.

Lucas Caparrós examina el volumen que lleva por título *Derecho del Trabajo* coordinado por Gabriela Vázquez y María Eugenia Plaza, que a su vez forma parte del *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*, dirigido por Marisa Herrera, Silvia Eugenia Fernández y Natalia de la Torre y coordinado por Carolina Videtta, editado por Rubinzal-Culzoni. La obra reseñada está compuesta por una introducción a cargo de Gabriela Vásquez y veintitrés capítulos encomendados a otros tantos autores que se ocupan de temas tan significativos como lo son el rol de la mujer en el mercado de trabajo, la brecha salarial entre varones y mujeres y la incidencia de las normas laborales en la producción de ella, así como en la reproducción y hasta la ampliación de las desigualdades. Otros temas como las cuestiones de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sistema de normas internacionales del trabajo de la OIT, en el Derecho de Familia, así como sobre las responsabilidades familiares y las licencias paternas, la maternidad en el Derecho del Trabajo y también su búsqueda a través de las técnicas de fertilización asistida, el despido por matrimonio y los conceptos de acoso moral, acoso sexual, *mobbing*, el ausentismo

femenino y la violencia de género en el ámbito laboral, son también objeto de sucesiva consideración.

Martín Federico Golcman tiene a su cargo la reseña del libro *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica* de editorial Bomarzo (Albacete), cuya autoría pertenece a la jurista española María Luz Rodríguez Fernández de la Universidad de Castilla-La Mancha. La autora examina la cuestión desde el ordenamiento positivo del Reino de España, en el marco del Derecho de la Unión Europea. A juicio de Golcman, aun en ese marco de referencia “habrá de admitirse que muchas de sus apreciaciones pueden valorarse tan globales como el fenómeno en sí mismo”.

Finalmente, este coordinador se ocupa de la obra de Carmelo Mesa Lago que lleva por título *Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina (1980-2020): promesas y realidades*, de Ed. Fundación Friedrich Ebert, México, 2021, que acaba de aparecer. El autor, profesor distinguido emérito de Economía y Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Pittsburgh, es generalmente reconocido como el más destacado especialista en los sistemas latinoamericanos de Seguridad Social y lleva a cabo en esta obra el estudio y evaluación de las reformas estructurales de los sistemas de pensiones que llevaron a cabo entre 1981 y 2008 once países latinoamericanos, reemplazando sus sistemas nacionales de prestación definida, reparto y administración pública por otros tantos de contribución definida, capitalización individual y administración privada. La obra concluye con un conjunto muy extenso de recomendaciones que, habida cuenta del prestigio y la influencia del autor, tendrá seguramente alta importancia para los responsables del tratamiento y la revisión de estas legislaciones.

ADRIÁN O. GOLDIN\*

\* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires; presidente honorario de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (International Society for Labour and Social Security Law).



## DOCTRINA



## *HOMO FABER: CONTINUIDAD Y RUPTURAS \**

Por ALAIN SUPIOT \*\*

### **Resumen:**

*El autor emprende una reflexión sobre la evolución del trabajo humano y su relación con el hombre que trabaja. Este enfoque descarta ab initio la hipótesis del fin del trabajo, que se juzga absurda pues implicaría el fin de la humanidad creadora de nuevos objetos y símbolos. Desde una perspectiva objetiva, el homo faber adapta su entorno vital a sus necesidades, desarrolla su ectímeno, y hace de la tierra no un objeto de apropiación sino el medio vital del que el hombre depende. El trabajo es realmente humano en tanto le da al hombre la posibilidad de poner una parte de lo que él es en lo que hace; desde esa perspectiva, ha de evitarse deshumanizar el trabajo negando el carácter pensante de quien trabaja (lo que implica asimilar al trabajador a los animales o a las máquinas). Se consideran ficciones como el trabajo abstracto o el trabajo-mercancía y la noción de capital humano que fuera formulado por Stalin en 1935, mucho antes de que Gary Becker popularizara la idea en 1964. Se sostiene que esta última constituye una noción deshumanizada del trabajo humano, solo atemperada por los derechos sindicales y la democracia social en el ámbito profesional, así como por la democracia en la esfera pública. Se explicitan los desafíos que debe afrontar aquella concepción valiosa del trabajo: el ecológico, en razón de la necesidad de evitar una sobreexplotación de los recursos naturales; el tecnológico puesto que ese impacto se debe a las mutaciones técnicas producidas desde la primera Revolución Industrial, y el institucional, en razón del conflicto de lógicas jurídicas entre las reglas del comercio y las finanzas internacionales y los principios y reglas de la justicia social.*

\* Publicado originalmente en francés en la obra SUPIOT, Alain (dir.), “Le Travail au XXI<sup>e</sup> siècle. Livre du centenaire de l’Organisation Internationale du Travail Ivry-sur-Seine”, Éditions de l’Atelier, 2019. Se publica aquí con la amable autorización de Éditions de l’Atelier. La traducción fue realizada por Adrián Goldin.

\*\* El profesor Supiot es doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires y de otras universidades. Ha sido miembro del Instituto de Francia y profesor del Collège de France desde 2012. En 1995 fundó la Maison des sciences de l’Homme Ange Guépin ([www.msh.univ-nantes.fr](http://www.msh.univ-nantes.fr)), presidió desde 1998 hasta 2001 el Consejo Nacional para el Desarrollo de las Ciencias Humanas y Sociales y fundó y dirigió desde 2008 hasta 2013 el Instituto de Estudios Avanzados de Nantes, del cual es actualmente *emeritus fellow* y presidente de su comité estratégico. Su obra goza del más amplio reconocimiento en su país y en el mundo.

**Palabras clave:**

*Homo faber, el trabajo realmente humano, deshumanización del trabajo, capital humano, trabajo-mercancía.*

## *HOMO FABER: CONTINUITY AND RUPTURES*

**Abstract:**

*The author undertakes a reflection on the evolution of human work and its relationship with the man who works. This approach rules out ab initio the hypothesis of the end of work, which is considered absurd, since it would imply the end of humanity creating new objects and symbols. From an objective perspective, the homo faber adapts his living environment to his needs, develops his ecumenus and makes the earth not an object of appropriation but the vital environment on which man depends. Work is truly human insofar as it gives man the possibility of putting a part of what he is into what he does; from this perspective, one must avoid dehumanizing work by denying the thinking character of the worker (which implies assimilating the worker to animals or machines). Fictions such as abstract or commoditized work and the notion of human capital that was formulated by Stalin in 1935, long before Gary Becker popularized the idea in 1964, are considered. The latter is held to constitute a dehumanized notion of human labor; only tempered by trade union rights and social democracy in the professional sphere, as well as by democracy in the public sphere. The challenges that this valuable conception of work must face are made explicit. Ecological, due to the need to avoid overexploitation of natural resources; technological, since this impact is due to the technical mutations produced since the first industrial revolution and institutional one, due to the conflict of legal logics between the rules of international trade and finance and the principles and rules of social justice.*

**Keywords:**

*Homo faber, truly human work, dehumanization of work, human capital, commoditized work.*

Desde las profecías milenarias que anuncianaban el fin del trabajo<sup>1</sup>, el debate sigue en curso acerca de si el progreso técnico no conduce inevitablemente a que el trabajo humano se torne inútil o marginal. En los Estados Unidos, una nota del MIT anunció en enero de 2012 que la revolución digital condenaba al desempleo a sectores enteros de la población mientras allanaba el camino para

<sup>1</sup> RIFKIN, Jeremy, “The End of Work: The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era”, Putnam, 1995, trad. fr. “La fin du travail”, La Découverte, 1996, 456 p.; MÉDA, Dominique, “Le travail. Une valeur en voie de disparition”, Aubier-Montaigne, Paris, 1995, p. 358.

la obtención de fabulosas ganancias de productividad. Esa nota recomendaba invertir en “capital humano” para convertir la carrera contra las máquinas en una carrera con las máquinas<sup>2</sup>. Al año siguiente, desde Oxford provino una advertencia similar, prediciendo que el 47% de los empleos en los Estados Unidos estaban amenazados por la informatización<sup>3</sup>.

A estas profecías recurrentes acerca de una reducción masiva del trabajo humano, se agrega el anuncio de su profunda transformación cualitativa. La *uberización* ha devenido el nombre clave de esta transformación, que vería a las redes colaborativas sustituir progresivamente a las empresas a la antigua. El funcionamiento de estas redes descansa sobre nuevas máquinas, llamadas inteligentes, pero cuyo funcionamiento depende del trabajo gratuito de sus usuarios, así como del “trabajo de clic” muy débilmente retribuido de una multitud de trabajadores no calificados<sup>4</sup>. Estas máquinas son capaces no solo de coordinar las tareas de las demás, sino de controlar y memorizar su ejecución, incluso de evaluar y premiar a quien lo hace bien y “desconectar” a quien lo hace mal, todo ello “objetivamente”, ya que se hace sin intervención humana. El modelo de la empresa que aglutina numerosos colectivos laborales bajo la autoridad de una misma dirección, estaría, por lo tanto, condenado a desaparecer.

Para evitar quedar atrapado en el imaginario contemporáneo de la gobernanza por los números, el análisis jurídico de las mutaciones contemporáneas en el trabajo debe esforzarse por situar las rupturas tecnológicas de este tiempo en el largo plazo de las relaciones entre los métodos de trabajo y los modos de agrupación de las sociedades humanas. De hecho, debemos tener cuidado de no tomar esta noción de “trabajo” al pie de la letra. Ella es múltiple y polisémica, y aun suponiendo que no cedamos a la costumbre de confundirlo con el empleo asalariado, el trabajo encierra una multiplicidad de significados. No solo una actividad, sino también el resultado de esa actividad; no solo las actividades humanas, sino también las de las máquinas y los animales; no solo la actividad desplegada bajo la restricción de otros o por necesidad —el trabajo que los griegos designaron como *ponos* (labeur, labor, Arbeit, Laodong [劳动]— sino también el animado por un impulso creativo, es decir, el griego *ergon* (trabajo, trabajo, Werk, Gongzuo [工作]). Basta con recordar este último significado, para captar lo que la idea del “fin del trabajo” tiene de absurdo: tal fin se identificaría con el fin de la humanidad en tanto especie creadora de nuevos objetos

<sup>2</sup> BRYNJOLFSSON, Erik – MCAFEE, Andrew, “Race Against The Machine: How The Digital Revolution Is Accelerating Innovation, Driving Productivity, and Irreversibly Transforming Employment and The Economy”, MIT, enero de 2012.

<sup>3</sup> FREY, Carl B. – OSBORNE, Michael A., “The Future Of Employment: How Susceptible Are Jobs To Computerisation?”, Publications Oxford Martin School, 2013, 72 p. Las previsiones más recientes de la OCDE son mucho menos alarmistas, reduciendo al 14% el número de empleos amenazados de desaparecer (conf. “OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work”, OCDE, Paris, 2019, ps. 44 y ss.).

<sup>4</sup> Cf. CASILLI, Antonio, “En attendant les robots. Enquête sur le travail du clic”, Seuil, 2018, p. 305.

y nuevos símbolos. La hipótesis de la que procede este libro es diferente: la revolución digital no significa el fin del trabajo, sino el fin de categorías de pensamiento que la Revolución Industrial proyectó sobre la acción humana. Se trata de tomar un mínimo de distancia de la noción contemporánea de trabajo para darse la oportunidad de aprehender objetivamente las transformaciones que ella se propone designar. Para dar este paso a un lado, basta con considerar los cambios contemporáneos en el trabajo desde el punto de vista del *homo faber*. Fue Bergson quien propuso este concepto hace poco más de un siglo, en su libro de 1907 sobre la evolución creativa.

“Dentro de miles de años, cuando la perspectiva del pasado no permita percibir más que las grandes líneas, nuestras guerras y nuestras revoluciones contarán poco, suponiendo que todavía se las recuerde; pero de la máquina de vapor, con los inventos de todo tipo que la acompañan, tal vez hablemos como hablamos del bronce o de la piedra labrada; servirá para definir una época. Si pudiéramos despojarnos de todo orgullo, si al definir nuestra especie nos atuviéramos estrictamente a lo que la historia y la prehistoria nos presentan como característica constante del hombre y de la inteligencia, tal vez no hablaríamos de *homo sapiens*, sino de *homo faber*. En última instancia, la inteligencia, considerada en lo que parece ser su enfoque original, es la capacidad de fabricar objetos artificiales, en particular herramientas para hacer herramientas y variar su fabricación indefinidamente”<sup>5</sup>.

Situarse en esta perspectiva del *homo faber* evita ceder a la tendencia contemporánea de reducir al lenguaje la expresión del simbolismo que caracteriza a la especie humana. Haciendo visible lo invisible de nuestro universo mental, nuestro aparato simbólico no solo se despliega en nuestras palabras, sino también en nuestras obras. Cualquier objeto fabricado, desde el primer bifaz hasta las bases de datos informáticas o los satélites de exploración espacial, expresa más o menos apropiadamente la imagen mental a partir de la cual fue hecho. Es esta imagen la que da a estos objetos su sentido y su inteligibilidad y hace posible distinguirlos del universo de las cosas<sup>6</sup>. Separando de este modo su significado del Hombre que lo concibe, el objeto técnico no es necesariamente un objeto material: hay técnicas del cuerpo<sup>7</sup>, y también hay técnicas inmateriales, de las cuales el derecho es una de las más antiguas y los algoritmos, uno de los ejemplos más recientes.

A través de su trabajo, el *homo faber* transforma su medio vital al mismo tiempo que se forma a sí mismo en la prueba de esta transformación. A diferencia del trabajo de la máquina, el trabajo humano combina siempre su dimensión

<sup>5</sup> BERGSON, Henri, “L’Évolution créatrice” (1907), PUF, coll. “Quadrigé”, 1996, chap. II, ps. 139-140.

<sup>6</sup> HAUDRICOURT, André-Georges, “La technologie, science humaine. Recherches d’histoire et d’ethnologie des techniques”, Ed. de la MSH, París, 1987, ps. 37-38.

<sup>7</sup> V. MAUSS, Marcel, “Les techniques du corps” (1934), in Sociologie et anthropologie, PUF, París, 1983, 8ème éd., ps. 366-383.

objetiva de acción sobre el mundo exterior con una dimensión subjetiva de acción sobre sí mismo. La comprensión del trabajo en este siglo XXI como en los precedentes, supone vincular estas dos vertientes —objetiva y subjetiva— del trabajo. Retomemos rápidamente cada una de ellas.

En primer lugar, su vertiente objetiva. A través de su trabajo, el *homo faber* tiene por objeto en principio adaptar su entorno vital a sus necesidades, en otras palabras, hacer emergir un cosmos del caos, de lo inmundo un mundo humanamente habitable. Pero a través de su trabajo, a la inversa, puede destruir o saquear, voluntariamente o no, su entorno vital y hacerlo humanamente inhabitable<sup>8</sup>. La cuestión del trabajo y la cuestión ecológica son, por tanto, indisolubles, porque es a través de su trabajo que el hombre desarrolla su ecúmeno<sup>9</sup>. Solo desde la Revolución Industrial, y en particular desde el movimiento inglés de los cercamientos, legalizado por la *Inclosure Act* de 1773, la relación del hombre con la Tierra se ha colocado en Occidente bajo la égida del derecho de propiedad<sup>10</sup>. En el sistema feudal, con la excepción del régimen de los *alleux*, uno siempre tenía de otro, y en última instancia del Rey o de Dios, los derechos sobre la tierra, y esta tenencia siempre estaba gravada con cargos hacia un tercero. La idea de una relación exclusiva y binaria entre un individuo y una parcela de tierra es, como la mercantilización legal del trabajo, en gran parte ficticia. Yo puedo afirmar con seguridad que soy dueño de la tierra, mi vida no depende menos de ella y mi única certeza sobre mi futuro es que siempre terminará tragándome. El principio de realidad debería llevarnos a admitir que, en última instancia, es la Tierra la dueña de la especie humana y no al revés. La Tierra es, ante todo, lo que Danouta Liberski, al informar sobre los sistemas de pensamiento del África voltaica, llamó una instancia soberana<sup>11</sup>. La ficción del derecho a la propiedad de la Tierra y sus entrañas minerales solo ha surgido recientemente, durante la Revolución Industrial, junto con la ficción del trabajo mercadería<sup>12</sup>.

Estas ficciones han llevado a masas humanas enteras a las ciudades, privadas de la posibilidad de trabajar los bienes comunes. Fueron impuestas por Occidente a los pueblos colonizados, llamados aún hoy a someterse a la supuesta racionalidad de los catastrós y del mercado laboral. Sin embargo, en una

<sup>8</sup> Sobre esa necesaria distinción de la mundialización y la globalización, ver SUPIOT, Alain (dir.), “Mondialisation ou globalisation? Les leçons de Simone Weil”, Éd. du Collège de France, Paris, 2019, p. 233 (accesible en línea en Open Edition Books).

<sup>9</sup> Cf. BERQUE, Augustin, “Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains”, Belin, Paris, 2000, 271 ps.; LAURENT, Éloi, “Social-Écologie”, Flammarion, Paris, 2011, p. 230.

<sup>10</sup> Cf. CHAMBERS, Jonathan D., “Enclosure and labour supply in the industrial revolution”, Economic History Review vol. 5, n. 3 (1953), ps. 319-343.

<sup>11</sup> Cf. LIBERSKI-BAGNOUD, Danouta, “La souveraineté de la Terre”, a aparecer en las Ediciones du Seuil, Coll. “Poids et mesures du monde”.

<sup>12</sup> Cf. POLANYI, Karl, “Le marché régulateur et les marchandises fictives: travail, terre et monnaie”, in La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps [1944], Gallimard, Paris, 1983, ps. 102-112.

época de peligros ecológicos, estas ficciones son cada vez menos sostenibles. Es mucho más racional ver en la Tierra, no una cosa apropiable, de la que uno puede usar y abusar libremente, sino el medio vital del que dependemos y sin cuya preservación la especie humana está condenada a desaparecer. Asimismo, es mucho más racional ver en el trabajo, no una mercancía, sino una de las señas de identidad del *homo faber*, capaz de trabajar tanto por su supervivencia como por su caída.

La influencia del *homo faber* sobre el espacio también dio origen al fenómeno urbano. Desde la Antigüedad hasta el Renacimiento, las ciudades fueron concebidas como microcosmos de la sociedad humana, insertas en el macrocosmos de la “naturaleza” que las rodea. Sujetas a su propia temporalidad, estas ciudades daban una imagen ordenada del universo<sup>13</sup>, donde el trabajo y el descanso se suceden al ritmo de los días y las estaciones, luego al sonido de los relojes a partir del punto de inflexión medieval de Occidente<sup>14</sup>. De ahí el significado de las palabras urbanidad o civilidad, que aún hoy transmiten la idea de una armonía social basada en la colaboración en un mismo lugar de hombres con diferentes talentos y ocupaciones. La industrialización vino a disolver este orden microcósmico a partir del siglo XIX, dando lugar a “aglomeraciones” informes y cada vez más gigantescas. Dentro de estas aglomeraciones, la escala de distancias ya no tiene relación con la experiencia territorial del hombre zoológico y la generalización de la iluminación artificial altera sus ritmos circadianos. Los marcos espacio-temporales de la vida humana, que no habían cambiado mucho durante siglos, fueron de ese modo golpeados por la Revolución Industrial. El derecho laboral nació de esta colisión. Desde las primeras leyes que limitaban la duración del trabajo infantil (en Francia, la del 22/03/1841) hasta las que establecían la jornada de 8 horas, la semana de 40 horas y las vacaciones pagadas, la legislación laboral ha sido el crisol de la reconstrucción de temporalidades humanamente vivibles. Sin embargo, la revolución digital viene a su vez a sacudir el marco espacio-temporal tan dolorosamente reconstruido bajo la era industrial, al privar a nuestras categorías de tiempo y lugar de trabajo de sus bases objetivas.

La *vertiente subjetiva del trabajo* procede del hecho de que todo trabajo verdaderamente humano es también trabajo sobre uno mismo. Simone Weil aclaró este punto con una de las fórmulas luminosas de las que tenía el secreto: “Es a través del trabajo, escribe, que la razón aprovecha del mundo mismo y se apropiá de la imaginación loca”<sup>15</sup>. Para dar sustancia a nuestras imágenes mentales, para hacerlas ocurrir en la realidad, debemos confrontar esta realidad

<sup>13</sup> LEROI-GOURHAN, A., “Le geste et la parole”, t. II: “La mémoire et les rythmes”, Albin Michel, Paris, 1964, p. 164.

<sup>14</sup> Cf. LE GOFF, Jacques, “Le temps du travail dans la ‘crise’ du XIV<sup>e</sup> siècle: du temps médiéval au temps moderne”, in Pour un autre Moyen Age - Temps, travail et culture en occident: 18 essais, Gallimard, 1977, ps. 66-79.

<sup>15</sup> WEIL, Simone, “Science et perception”, in Sur la science, Gallimard, 1966, p. 83.

y tener en cuenta el entorno natural, social o simbólico en el que se desarrolla nuestra acción. Para dar a luz a su “Piedad”, Miguel Ángel tuvo que tener inicialmente una primera imagen en mente y también tener manos formadas por una larga práctica del mármol. Como él mismo escribió, “Todo lo que un gran artista puede concebir, el mármol lo contiene en su seno; pero solo hay una mano obediente al pensamiento que puede sacarlo a la luz”<sup>16</sup>. Unos siglos después, Rodin a su vez defendió la importancia del oficio, que no consiste en aplicar mecánicamente estándares pre establecidos, sino en traducir en obras sus propias visiones, y cuyo dominio solo puede ser fruto de la experiencia. Adquirida durante un largo aprendizaje<sup>17</sup>. Incluso en el siglo XVIII, la Enciclopedia de Diderot y d’Alembert se refirió a los artistas y artesanos como dos tipos de trabajadores, que se distinguen solo por el grado de inteligencia requerido por sus prácticas:

“Artista. Nombre que se asigna a los trabajadores que se destacan en aquellas artes mecánicas que requieren inteligencia; e incluso a quienes, en ciertas ciencias mitad prácticas y mitad especulativas, comprenden muy bien la parte práctica.

”Artesano. Nombre con el que se designa a los trabajadores que profesan la menor inteligencia. Se dice de un buen zapatero que es un buen artesano y de un hábil relojero que es un gran artista”<sup>18</sup>.

Y, de hecho, lo que es cierto del artista también lo es de cualquier artesano, cada uno identificándose por el dominio de un arte mecánico, dominio adquirido duramente en un mano a mano con la materia. Quien domina un arte de esta manera, ya sea mecánico, liberal o de una de las bellas artes, ha incorporado un conocimiento de los saberes o del saber hacer que forman parte de su identidad.

Esta identificación de la persona con los saberes que ha incorporado no ha desaparecido hoy. Se mantiene el principio de identidad profesional y los estatutos a los que esta identidad da o no acceso, tanto en el mercado laboral como en el servicio público. La profesión sigue siendo uno de los elementos del estado civil<sup>19</sup>. Y saber plasmar en un currículum vitae<sup>20</sup> nuestra identidad profesional en su profundidad y su singularidad histórica es una de las primeras cosas que cada uno de nosotros debe aprender todavía para que se le confíe un lugar.

Al confrontarnos con la realidad, el trabajo nos enseña a tener control sobre ella al mismo tiempo que controla nuestra imaginación; es la fuente históri-

<sup>16</sup> SONNET IER, in “Œuvre littéraire de Michel-Ange”, trad. Boyer d’Agen, Librairie Ch. Delagrave, 1911, 2e éd., p. 167.

<sup>17</sup> Cf. RODIN, Auguste, “Faire avec ses mains ce que l’on voit. Textes, lettres et propos choisis”, Mille et une nuits, 2011, ps. 33-38.

<sup>18</sup> “Encyclopédie de Diderot”, disponible en <http://xn--encyclopdie-ibb.eu/index.php/non-classifie/754323575-ARTISAN> (consultado el 28/5/2021).

<sup>19</sup> Cód. Civil, art. 34: “Los documentos del estado civil indicarán (...) los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de todos los que en ellos serán nombrados”.

<sup>20</sup> Es decir, en sentido literal: “el curso de una vida”.

ca y acumulativa de conocimientos que se transmiten de una generación a la siguiente, al tiempo que permite que cada nueva generación deje su propia huella en el mundo. La experiencia del trabajo, por tanto, participa en la formación de la razón. Como vemos en la educación de los niños pequeños en las sociedades tradicionales<sup>21</sup> o en nuestros jardines de infantes, esta experiencia laboral comienza mucho antes de la mayoría de edad, disociándose paulatinamente del juego. Privar de ella a sectores enteros de la juventud, como sucede ahora en muchos países no puede sino tener efectos mortíferos, que no es probable que se puedan evitarse con la asignación de un ingreso universal de subsistencia.

Pero para ser esta escuela de la razón, el trabajo debe ser “realmente humano”, es decir, darle al homo faber la posibilidad de poner una parte de lo que él es en lo que él hace, dar contenido a sus pensamientos, hacer que suceda fuera de sí mismo lo que primero concibió en sí mismo. La deshumanización del trabajo puede, por tanto, tomar dos formas: la de la negación del pensamiento, que consiste en organizar el trabajo de los hombres a partir del modelo de los animales o las máquinas, sin posibilidad de expresión reflexiva sobre el significado y contenido de ese trabajo; y el de la negación de la realidad, típica de nuestra modernidad, que consiste por el contrario en vaciar esta obra de todo contacto con el mundo físico o social sobre el cual opera, sometiéndolo a la consecución de objetivos cuantificados<sup>22</sup>.

Antes de la Revolución Industrial, la negación del pensamiento era la suerte de los llamados “gente de brazos” en oposición a los llamados “gente de oficios”<sup>23</sup>. Así, el jurista Charles Loyseau pudo escribir a principios del siglo XVII que “hay oficios que radican más en el dolor del cuerpo que en el tráfico de mercancías o en la sutilidad del espíritu, y esos son los más viles. Y con más razón los que no hacen ni oficios ni mercaderías, y que se ganan la vida con el trabajo de sus brazos, como los estibadores, los ayudantes de albañil, los *chartiers* y otros jornaleros, son los más viles entre la gente común.

Porque no hay peor oficio (es decir, profesión) que no tener oficio”<sup>24</sup>. La noción de *trabajo* estaba reservada para el desempeño de estas “gentes de brazos”. No requiriendo mucha más capacidad que las de un caballo de tiro o la de un molino de viento, se la apreciaba en los términos puramente cuantitativos que se usaban para designar a quienes lo realizaban (los “jornaleros” son los

<sup>21</sup> Cf. la descripción de la cosecha de guisantes en una aldea africana, por SPITTLER, Gerd, “Anthropologie du travail: des classiques à la comparaison ethnographique”, in MUSSO, Pierre - SUPIOT, Alain (dir.), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?*, Hermann, 2018, ps. 149-160.

<sup>22</sup> Cf. SUPIOT, Alain, “La Gouvernance par les nombres”, Fayard, Paris, 2015, Chapitre 12, p. 325 sq.

<sup>23</sup> Cf. SEWELL, William H., “Gens de métier et révoltes. Le langage du travail de l'Ancien Régime à 1848”, trad. de l'éd. inglesa 1980, Aubier, Paris, 1983, p. 46.

<sup>24</sup> LOYSEAU, Charles, “Traité des ordres et simples dignités”, Chateaudun, Abel Langlier, 1610, 1ère éd., ps. 102-103.

ancestros de los asalariados). Aquellos cuya tarea, por el contrario, requería el dominio de un arte mecánico o liberal no trabajaban, sino que “obraban” de acuerdo con las reglas y el estatuto corporativo específico de ese arte. Culminación de un viaje iniciático desde el aprendizaje hasta alcanzar ese dominio, su oficio formaba parte de su identidad. Esta palabra *metier*<sup>25</sup>, cuya etimología latina combina las ideas de oficio (*ministerium*) y misterio (*mysterium*), nos recuerda la parte de los saberes esotéricos<sup>26</sup>.

Esta distinción entre “gente de profesión u oficio” y “gente de brazos” fue sostenida desde la primera Revolución Industrial, al mismo tiempo que la noción abstracta de trabajo se extendió a todas las tareas calificadas. Es notable que este punto de inflexión fue al mismo tiempo técnico y jurídico.

*Punto de inflexión técnico*, en primer lugar, con el traslado de los artesanos hacia las máquinas del asedio de un tecnicismo, de aquí en más fundado sobre el conocimiento abstracto y exótico de los ingenieros. Desde entonces, el individuo técnico ha sido la máquina y ya no el trabajador. El rol de este último se define en relación con las máquinas, sea que las controle (es el lugar de los dirigentes de empresa), sea que las sirvan (es el lugar de asalariados, jurídicamente definidos por esta subordinación). Esta destitución del artesano en favor de la máquina como individuo técnico está, según Simondon, en el origen de un malestar profundo y duradero en nuestra relación con las máquinas.

“En todos los juicios que se hacen sobre la máquina, hay una humanización implícita de la misma, que tiene como fuente profunda este cambio de rol; el hombre había aprendido a ser el SUJETO técnico hasta el punto de creer que el ser técnico que se ha hecho concreto empieza a jugar abusivamente del papel del hombre. Las ideas de sometimiento y liberación están demasiado ligadas al antiguo estatus del hombre como objeto técnico para poder corresponder al verdadero problema de la relación entre el hombre y la máquina. Es necesario que el objeto técnico sea conocido en sí mismo para que la relación entre hombre y máquina se torne estable y válida: de allí la necesidad de una cultura técnica”<sup>27</sup>.

Esta observación es más actual que nunca frente a nuestras nuevas máquinas, cuyo uso verdaderamente humano implica ir más allá de la jerarquía entre quienes las controlan y quienes las sirven. Para que la máquina no oprima a los hombres que se dedican a tareas técnicas, es necesario que estos últimos las comprendan, es decir, que tengan conocimiento de sus elementos, así como

<sup>25</sup> Por necesidades de la traducción, se replica acá la voz francesa (*metier*) del original.

<sup>26</sup> Cf. REY, Alain, “Dictionnaire historique de la langue française”, vº *Métier*. Esta etimología de los “oficios”, que hasta el siglo XVIII llevaba el nombre de “misterios”, es recordada por Marx (“Le Capital”, Livre premier, Ch. XV, §.9, in “Œuvres. Économie”, Gallimard, La pléiade, Paris, 1965, p. 989).

<sup>27</sup> Cf. SIMONDON, Gilbert, “Du mode d’existence des objets techniques”, Aubier, 1958, nouvelle éd. revue et corrigée, 2012, p. 102.

de su integración en un conjunto funcional <sup>28</sup>. Una tal perspectiva supone, por supuesto, que el contenido y el significado del trabajo pueda encontrar un lugar en el estatuto del trabajador, en tanto no lo tiene en la economía del contrato de trabajo.

Este punto de inflexión técnico del sometimiento de los trabajadores a las máquinas fue de hecho preparado y acompañado por un *punto de inflexión jurídico*: el que, desde la aniquilación de las corporaciones por la ley Le Chapelier en 1791, allanó el camino para la extensión continua de la “locación de servicios” como forma tópica de la relación laboral. Esta categoría nos viene del derecho romano. Tanto la antigüedad romana como la griega no reconocieron el trabajo como una categoría legal separada. El trabajo fue aprehendido por la ley solo a través de su producto, su resultado, o a través de la persona del trabajador, en tanto encarna una fuerza de trabajo. Esta es la condición jurídica del esclavo, una fuerza de trabajo sin voluntad propia, que forma parte del “capital humano” de su amo y aparecerá en el patrimonio de los libros de contabilidad de su dueño. El hombre libre, en cambio, vive de los productos de su patrimonio o de su trabajo, ya sea que los consuma, los venda o los alquile. A mitad de camino entre la esclavitud y la libertad se encuentra la asignación estatutaria de un tipo de tarea. Tal asignación es el principio de las sociedades de castas, pero no era ajena al derecho romano, que yuxtaponía varios dispositivos que vinculaban a los hombres a fondos agrícolas o artesanales que debían explotar de padres a hijos <sup>29</sup>. Un edicto del 371 llegó incluso a establecer que “quien se case con la hija de un pescador de púrpura, será incorporado a la profesión del suegro” <sup>30</sup>. Aunque así adscritos a una especie de carga pública, estos artesanos eran, sin embargo, hombres libres que trabajaban por cuenta propia con la posible ayuda de sus familias y de sus propios esclavos.

El hombre libre que vivía de los productos de su trabajo o de los ingresos de su capital, podía alquilar a sus esclavos. Fue por extensión de ese alquiler de esclavos, es decir, de un alquiler de cosas, que se lograba dar lugar a la situación marginal en la que un hombre libre trabajaba al servicio de otros por una tarifa. Se utilizaba para hacer una ficción, haciendo *como si* este hombre libre era para sí mismo su propio esclavo y alquilaba este esclavo a otros. Fue esta ficción de *locat se*, inspirada en el *locat servum*, la que dio origen a la categoría de loca-

<sup>28</sup> Ibid., p. 101. De forma muy reveladora, una de las demandas de la Federación Internacional de Mensajeros (creada en Bruselas en noviembre de 2018 para organizar y defender a estos trabajadores regidos por algoritmos) es la de acceder al derecho a supervisar su construcción y la recopilación de datos. a lo que contribuye cada una de sus encomiendas (cf. “La Nouvelle Vie Ouvrière”, 30/10/2018).

<sup>29</sup> Este es el caso del colonato (cf. GIRARD, Paul F., “Manuel elementaire de droit romain”, Paris, Rousseau, 5<sup>a</sup> ed. 1911, ps. 132 y ss.), pero también del régimen artesanal que adscribía la obligación de trabajar a la propiedad de un fondo, así transformado en una carga pública obligatoria y hereditaria (cf. LOUIS, Paul, “Le travail dans le monde romain”, Paris, F. Alcan, 1912, Ch. IX, ps. 327 sq.).

<sup>30</sup> Cf. LOUIS, P., ob. cit., p. 331.

ción de servicios<sup>31</sup>. A diferencia de la locación de obra, es decir, del empresario que vende el producto de su trabajo, esta categoría queda marcada con el sello de un servilismo difícilmente compatible con el estatuto de hombre libre.

La cuestión de esta incompatibilidad entre la libertad y el trabajo asalariado ha estado en el centro de los debates a los que dio lugar la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos<sup>32</sup>. Para algunos, tales como el jurista abolicionista William Jay, el contrato de trabajo era la manifestación de la libertad. “El trabajo ya no es la marca de (la) servidumbre (de quien fuera esclavo) y la encarnación de su desgracia: es la prueba de su libertad porque es voluntario. Por primera vez en su vida, es parte de un contrato”<sup>33</sup>. Otros, por el contrario, consideraron que “El salario es un proceso astuto con el que el diablo gratifica a las conciencias delicadas, que pueden de ese modo conservar todas las ventajas de la esclavitud sin tener que soportar los costos, las preocupaciones y la reprobación de un propietario de esclavos”<sup>34</sup>. A medida que el paradigma del mercado se extiende a todas las actividades humanas, este recurso al contrato como instrumento de servidumbre se ha ido extendiendo desde entonces a cuestiones distintas a la del trabajo<sup>35</sup>.

Lo esencial a recordar es que la noción jurídica de trabajo surgida de la Revolución Industrial se basa en una ficción: la ficción del *locat se*, que consiste en hacer *como si* el trabajo fuera un bien negociable, desprendible de la persona del trabajador. El concepto de “mercado de trabajo” se basa enteramente en esta ficción, en gran parte desconocida por los economistas. En el universo industrial, el trabajo individual se fusiona con el trabajo colectivo, de modo que, a la escala de una empresa, es sobre este terreno colectivo que podría anclarse un derecho de los trabajadores sobre el objeto de su trabajo. Pero no es ese el giro que ha tomado la negociación colectiva cuando se afirmó después de la Primera Guerra Mundial como una técnica original de reglamentación de las relaciones laborales. Se focalizó sobre los términos mismos del intercambio operado por el contrato individual: el intercambio de una cantidad de tiempo (la duración del trabajo) contra una cantidad de dinero (el salario), con exclusión de toda reivindicación sobre los productos del trabajo y la forma de producirlos.

Este ha sido, de hecho, el corolario de la ficción del trabajo abstracto, o *trabajo mercadería*: evacuar el objeto y el contenido del trabajo del campo de la

<sup>31</sup> Cf. DESCHAMPS, Auguste, “Sur l’expression ‘locare operas’ et le travail comme objet de droit à Rome”, *Mélanges Gerardin*, Sirey, 1907, ps. 157-179.

<sup>32</sup> Sobre ese debate, ver SANDEL, Michael, “Democracy Discontent’s. America in search of a Public Philosophy”, Harvard University Press, 1996, ps. 172 sq.

<sup>33</sup> JAY, William, “An Inquiry into the Character and tendency of the American Colonization and American Anti-Slavery Societies” [1835], R. G. Williams, New-York, 4ème éd. 1837, p. 198.

<sup>34</sup> BROWNSON, Orestes, “The Laboring Classes”, Boston Benjamin Greene, 1840, 3rd ed.

<sup>35</sup> Cf. FABRE-MAGNAN, Muriel, “L’institution de la liberté”, PUF, Paris, 2018, p. 392.

relación laboral. Esta ficción permanece en el centro de los estudios prospectivos sobre el trabajo que emanan (producen) las organizaciones económicas, que hacen de la noción de “capital humano” la piedra angular del futuro del trabajo. Así, el muy reciente informe del Banco Mundial sobre *El trabajo en mutación* “insiste sobre la primacía del capital humano para afrontar un desafío que, por su propia definición, no se presta a soluciones simples y normativas”<sup>36</sup>. Los autores de este informe probablemente desconozcan que esta noción de capital humano, que desde un punto de vista legal solo puede referirse a un valor de activo en los libros de contabilidad de los dueños de esclavos<sup>37</sup>, fue inventada por primera vez por Stalin en 1935<sup>38</sup>, treinta años antes de ser popularizado por el Premio Nobel de Economía Gary Becker en 1964<sup>39</sup>.

Esa supresión del significado y contenido del trabajo, en favor de un capital a disposición de los Estados o los empleadores, se reencuentra en el Derecho del Trabajo. El producto del trabajo no está incluido en el contrato de trabajo sino, ab initio, de la propiedad del empleador, incluso si es el resultado de una invención o un descubrimiento por parte del asalariado en el desempeño de su misión<sup>40</sup>. Dicho de otra manera, el contrato de trabajo desplaza la figura del *homo faber* en favor de la de un vendedor de trabajo, y más exactamente de un vendedor de sí mismo. El asalariado renuncia así a cualquier derecho de inspección sobre su propio trabajo, sobre su significado y su razón de ser, que constituyen asunto exclusivo de su cliente/empleador, así como el vendedor de un automóvil no tiene derecho alguno de control sobre el uso que el comprador hará de este vehículo.

Procediendo del derecho positivo, esta observación es independiente de las teorías económicas del valor, de las que André Orléan ha demostrado que naturalizan las elecciones fundamentalmente sociales sobre el significado que se le debe dar a las acciones humanas<sup>41</sup>. El núcleo normativo de esta representación aún dominante es el contrato de trabajo, cuya economía se estableció

<sup>36</sup> BANQUE MONDIALE, “Rapport sur le développement dans le monde 2019: Le travail en mutation”, Washington, 2019, p. 138.

<sup>37</sup> Cf. en el caso de la trata de esclavos LEMARCHAND, Yannick - MCWATTERS, Cheryl S., “Quelques aspects de la gestion de la traite négrière française au xviiiie siècle”, Droits, vol. 51, n. 1, 2010, p. 55-74; MCWATTERS, Cheryl S. - LEMARCHAND, Yannick, “Accounting representation and the slave trade: The Guide du commerce of Gaignat de l’Aulnais”, The Accounting Historians Journal, vol. 33, n. 2, 2006, ps. 1-37.

<sup>38</sup> STALINE, Joseph, “L’homme le Capital le plus précieux suivi de Pour Une Formation Bolchevik”, discurso pronunciado el 04/05/1935 en el palacio del Kremlin, en ocasión de la promoción de los alumnos de la Academia de la Armada roja, Éditions Sociales, Paris, 1945. p. 47.

<sup>39</sup> BECKER, Gary S., “Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education”, University of Chicago Press, 1ère éd. 1964, 3ème édition 1994, p. 412.

<sup>40</sup> Cf. Code de la Propriété Intellectuelle, art. L.611-7.

<sup>41</sup> ORLÉAN, André, “L’empire de la valeur. Refonder l’économie”, Seuil, Paris, 2011, 340 p. El análisis jurídico se suma al de Orléan, al revelar la evicción del sentido del trabajo por la teoría económica neoclásica.

durante la segunda Revolución Industrial. En virtud de este contrato, la causa del trabajo, o más precisamente en la terminología legal más reciente, su contrapartida<sup>42</sup>, es el salario, es decir, una cantidad monetaria, objeto de una acreencia del asalariado. Trabajar es para el empleado un medio al servicio de este fin. En cambio, no tiene derecho al producto de su trabajo, es decir, al trabajo realizado, que no tiene cabida en este montaje jurídico por ser propiedad exclusiva del empleador. Pero para este mismo empleador, este trabajo es solo un medio al servicio de un fin financiero. De acuerdo con el Código Civil, el objetivo de las empresas civiles o comerciales que suelen ocupar la posición de empleador, es “compartir los beneficios o aprovechar los ahorros que puedan [...] resultar” de una empresa común a los socios (art. 1832). Aquí nuevamente se trata de una instrumentalización del trabajo concreto realizado por la sociedad, que no tiene otro objetivo que la obtención de beneficios. Esta instrumentalización se vio agravada a fines del siglo XX por el giro neoliberal de la *corporate governance*, que tuvo por objeto y por efecto el de someter a las direcciones empresarias al objetivo único de crear valor para los accionistas<sup>43</sup>.

Esta mercantilización del trabajo ha llevado a reducir el perímetro de la justicia social a los términos puramente cuantitativos del intercambio salarial, es decir, a la cuestión de una remuneración justa del tiempo de trabajo. La cuestión de la explotación económica del trabajo, de la extorsión de la plusvalía para decirlo en términos marxistas, ha eclipsado a la de la opresión en el trabajo. Tanto en tierra comunista como en tierra capitalista, se ha considerado que la pérdida de control de los trabajadores sobre el sentido de su trabajo era un efecto inevitable de los progresos de las ciencias y de las técnicas<sup>44</sup>. Con las masas humanas desde ahora consagradas al servicio de las máquinas, su trabajo mismo ha sido concebido sobre el modelo de la máquina y devenido el objeto de una “organización científica”. O más exactamente, como Simone Weil lo había percibido claramente, después de haber aplicado al estudio de los fenómenos naturales

<sup>42</sup> Sobre ese cambio terminológico, ver FABRE-MAGNAN, Muriel, “Droit des obligations”, PUF, París, 5e éd., coll. “Thémis”, 2019, t. I “Contrat et engagement unilateral”, nros. 619 et 657, ps. 477 y 508 sq.

<sup>43</sup> Ver el informe Cadbury (“The Financial Aspects of Corporate Governance”, Professional Publishing Ltd., Londres, 1992). Ver igualmente “OECD Principles of Corporate Governance”, OECD, París, 2004; MORCK, Randall K. (dir.), “A History of Corporate Governance around the World. Family Business Groups to Professional Managers”, The University of Chicago Press, Chicago -Londres, 2007. Ciertos juristas vieron allí “el fin de la historia del derecho de sociedades” (cf. HANSMANN, Henry – KRAAKMAN, Reiner, “The end of history for corporate law”, Georgetown Law Journal, vol. 89, n. 2, 2001, ps. 439-468). Esa doctrina descansa sobre la afirmación jurídicamente falsa de un derecho de propiedad de los accionistas sobre la empresa (cf. ROBÉ, Jean-Philippe, “À qui appartiennent les entreprises?”, Le Débat, vol. 3, n. 155, 2009, p. 32-36). A largo plazo, ella condena a la empresa a la destrucción de valor, así como de modo inmediato lo ha mostrado KALFF, Donald, “L’entreprise européenne. La fin du modèle américain”, Vuibert, París, 2004, p. 238.

<sup>44</sup> Cf. TRENTIN, Bruno, “La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo”, Feltrinelli, 1997, trad. fr. “La Cité du travail. La gauche et la crise du fordisme”, Fayard, París, 2012, p. 448.

una noción de energía directamente derivada de la del trabajo servil, desprovista de intención y de voluntad propia, se ha aplicado, en cambio, a los trabajadores esta noción deshumanizada del trabajo<sup>45</sup>. Este proceso se repite hoy. Después de haber diseñado las computadoras sobre el modelo de lo que se pensaba que era el funcionamiento de la inteligencia humana, se aplica a cambio esta noción deshumanizada de trabajo, no solo a los obreros, sino a todos los trabajadores, tanto a los directivos como a los asalariados. Considerados como otras tantas máquinas programables.

Esta caducidad del contenido del trabajo había contribuido en la época del *New Deal* a renunciar al ideal cívico de la autonomía en el trabajo para identificar la justicia social con la cuestión de la distribución de las riquezas producidas, con la liberación de la necesidad (*freedom from want*). En un tal sistema cognitivo, el trabajo se entiende solo en términos de empleo, salarios y ganancias, y la cuestión de su sentido desaparece. Es a partir de este renunciamiento que los indicadores macroeconómicos (PBI, empleo, poder adquisitivo) se han convertido en las brújulas de la acción pública y que todos los países del mundo se comprometen en un mismo modelo de desarrollo fundado en el crecimiento. La disociación de la meta financiera y del objeto concreto del trabajo que caracteriza al salariado se ha extendido de ese modo, no solo al comportamiento de las empresas, comprometidas a la creación de valor para sus accionistas sino también al de los Estados, cuya estabilidad política depende de su capacidad para distribuir los frutos del crecimiento.

Esto sigue siendo cierto hoy en día para los llamados países emergentes, en primer lugar, entre ellos la China, cuyo pacto social implícito consiste en comprar la sumisión política por medio de una promesa de seguridad económica, medida en términos de empleo y de poder de compra. Dicho de otro modo, este pacto tiene exactamente la misma estructura que la del contrato de trabajo, tal como se había sostenido en los países occidentales durante los treinta años gloriosos.

Este llamado *pacto fordista* tuvo lugar inicialmente en los países occidentales, pero la sumisión de los trabajadores allí fue doblemente atemperada. Atemperada por los derechos sindicales y la democracia social en el ámbito profesional; y moderada por la democracia política en la esfera pública. Con la consecuencia, sin embargo, de extender el imperio del mercado a cuestiones que antes eran objeto de la deliberación política. La deliberación del interés general se ha desvanecido así detrás de la negociación colectiva entre intereses divergentes. Pero es de manera mucho más general que el paradigma del mercado se ha extendido a la democracia. La Corte Suprema de Estados Unidos adoptó

<sup>45</sup> WEIL, Simone, “La science et nous”, in *Sur la science*, Gallimard, 1966, ps. 125-131.

así la tesis de Ronald Coase<sup>46</sup>, consistente en analizar la democracia como un mercado de ideas<sup>47</sup>.

Mientras se organizó de esta manera en términos de intercambio entre adhesión política y seguridad económica, el debate se ha polarizado en los países occidentales sobre la cuestión de la distribución de los frutos del crecimiento entre el trabajo y el capital. Pero desde el giro neoliberal de la década de los 80, la desaceleración del crecimiento, la competencia entre trabajadores a escala mundial y la transferencia de la base industrial a los países emergentes, las desigualdades de riqueza se han disparado. Entonces, el centro de gravedad de este debate se desplazó. Ya no se trata de discutir una distribución justa de la riqueza, sino una distribución eficiente frente a la competencia internacional. Los partidos socialdemócratas han abrazado con más o menos entusiasmo esta nueva doctrina, perdiendo tanto su brújula como sus votantes. Convertidos en la “izquierda de acompañamiento” de las políticas neoliberales, intentaron sin mucho éxito reciclar su “fondo de comercio” electoral en la defensa de las minorías.

El Derecho del trabajo, la seguridad social y los servicios públicos han sido denunciados como el principal obstáculo para la realización del derecho *al trabajo*. Su “reforma estructural” fue implementada por una tecnocracia autoritaria y segura de su pericia, que presta poca atención a la negociación económica y social con los cuerpos intermediarios, prefiriendo concertaciones de fachada con vocación pedagógica. Dado que, de hecho, a falta de “grano para moler”, la sumisión política ya no se puede comprar mediante una promesa de seguridad económica y un aumento regular del poder adquisitivo, se busca obtenerla por medio del recurso masivo a las técnicas de comunicación, forma moderna de lo que en el siglo XIX la Iglesia Católica llamaba la Obra de Propagación de la Fe.

En los viejos países industrializados, el giro neoliberal que se inició hace treinta años, por tanto, no ha llevado a reabrir un debate sobre la democracia económica, es decir, sobre la cuestión de saber qué producir y cómo producir, sino que por el contrario ha asignado a los Estados nuevos objetivos cuantificados de disciplinas presupuestarias o monetarias y de reducción de los impuestos y las prestaciones sociales<sup>48</sup>. De modo que tanto a la escala de las empresas como a la de las naciones, la explotación del trabajo ya no se basa en la promesa de un enriquecimiento, sino en la amenaza de degradación, de la pobreza y de la miseria. En las empresas, esta amenaza toma la forma de lo que el Tribunal de

<sup>46</sup> COASE, Ronald, “The Economics of the First Amendment. The Market for Goods and the Market for Ideas”, American Economic Review, Papers and Proceedings (1974), vol. 64, n. 2, ps. 384-391.

<sup>47</sup> “Citizens United v. Federal Election Comm’n”, 558 US (2010). Sobre esta jurisprudencia, ver KUHNER, T. K., “Capitalism v. Democracy. Money in Politics and the Free Market Constitution”, Stanford University Press, 2014, p. 376.

<sup>48</sup> El tramo que sigue retoma un análisis desarrollado en “Le travail n’est pas une marchandise”, éd. Du Collège de France, Paris, 2019, coll. “Leçon de clôture”, 66.

Casación denomina “la gestión por el miedo”<sup>49</sup>. En la esfera pública, consiste, como observó Jacques Rigaudiat, en utilizar la deuda como “arma de disuasión masiva”<sup>50</sup>.

Esta mercantilización del trabajo, sin embargo, no es total porque nuestro derecho sigue albergando dos tipos de estatus profesionales que escapan, al menos desde el punto de vista jurídico, a la lógica del mercado: las profesiones liberales y las funciones públicas.

El médico o el abogado no son, en principio, comerciantes libres de vender sus servicios al mejor postor en virtud de un acuerdo fijado de común acuerdo. Su trabajo se inscribe en un marco corporativo, que regula las condiciones de acceso a la profesión, impone una deontología particular, tiene sus propias jurisdicciones ordinarias, etc. Los servicios que prestan están ligados a las cualidades de su persona y quien se beneficia de ellos no les paga ni un precio ni un salario, sino unos honorarios, que se supone que demuestran su agradecimiento por unos beneficios que en principio son insusceptibles de cuantificación.

Asimismo, el juez o el docente no contratan sus servicios por ocupar un cargo de interés general. Y el dinero que reciben del Estado no es un salario, sino un *traitement* (una retribución), es decir, lo que en el Antiguo Régimen se habría llamado un *beneficium*, adscripto a su *officium*. Este *traitement* no es la contrapartida contractual por el trabajo prestado, sino el elemento económico de un estatuto profesional, que obliga al Estado a tratar con dignidad, de acuerdo con su rango y cualidades, a quienes lo sirven.

En estas dos hipótesis, el ordenamiento jurídico del trabajo se rige, no por su valor de mercado, sino por la consideración de su significado, de la obra a realizar, ya sea que se trate de implementar un arte específico o de servir al interés general. Estas dos situaciones también pueden combinarse, como es el caso de los profesionales de la salud del servicio hospitalario público. Ellas muestran las bases jurídicas de una legislación laboral ordenada sobre su significado y contenido y no sobre la ficción del trabajo mercadería. A raíz de la obra de Georges Canguilhem e Yves Schwarz, tal concepción podría decirse *ergológica*, ya que la relación de trabajo se rige por la consideración de su contenido y de su producto<sup>51</sup>.

Por lo tanto, se plantea la cuestión de saber si esta concepción ergológica del trabajo en ejecución en la función pública es una supervivencia llamada a retroceder en favor de la concepción de mercado importada del sector privado. Evidencia de la dinámica del “mercado total”, las evoluciones de estas últimas

<sup>49</sup> Cour de cassation, Chambre sociale, 06/12/2017, Sté Soredis n. 16-10885, 16-10886, 16-10887, 16-10888, 16-10889, 16-10890, 16-10891.

<sup>50</sup> RIGAUDIAT, Jacques, “La Dette, arme de dissuasion sociale massive”, Éditions du Croquant, Vulaines-sur-Seine, 2018.

<sup>51</sup> Cf. SCHWARTZ, Yves, “Reconnaissances du travail: pour une approche ergologique”, Presses universitaires de France, Paris, 1997; “Le paradigme ergologique ou un métier de philosophe”, Toulouse, Octares éditions, 2000.

décadas parecen ir en esa dirección. Pero hay, sin embargo, razones para creer que no solo la ficción del trabajo mercadería no puede borrar de modo duradero la consideración del *homo faber*, sino también que el trabajo en el siglo XXI da una nueva relevancia a la dimensión estatutaria del trabajo.

La primera razón es que la ficción del trabajo mercadería no se ha demostrado sostenible en el largo plazo sino por medio de la inserción en todo contrato de trabajo de un estatuto heterónomo, que es vinculante para ambas partes y permite articular el tiempo corto del intercambio de mercado con el tiempo largo de la vida humana. La deconstrucción de ese estatuto y la renuncia a la justicia social solo pueden generar violencia, como lo declaran solemnemente los textos fundacionales de la OIT.

Una segunda razón es la evolución más reciente del derecho de la empresa. La libertad de empresa es la extensión colectiva de la libertad de trabajo<sup>52</sup>. Ella confiere una dimensión institucional a la cooperación entre los hombres, a condición, no obstante, de reunir los tres componentes de la *institución* identificados por Hauriou: una idea de un trabajo a realizar, el ejercicio de un poder sujeto a reglas y una comunión de sus miembros en la fe en el valor de esta obra<sup>53</sup>. Como la función antropológica del trabajo, esta dimensión institucional de la empresa se ve amenazada por la dinámica del capitalismo, que trastoca la jerarquía de medios y fines, al hacer del trabajo un simple medio al servicio de fines exclusivamente financieros. Así como se supone que el asalariado no tiene otro objetivo que su salario, la empresa no debe tener otro objetivo que el beneficio de sus accionistas. La ficción del trabajo mercadería conlleva, por tanto, la ficción de la empresa mercadería, con los mismos riesgos de perder el contacto con las realidades de su entorno vital. Sin embargo, esta reducción “friedmaniana” de la empresa a un cajero automático es hoy ampliamente cuestionada, porque no es ecológica y socialmente sostenible<sup>54</sup>. Apareciendo por primera vez como una herramienta de marketing, la idea de responsabilidad social y medioambiental de las empresas está adquiriendo una cierta consistencia jurídica<sup>55</sup>.

La tercera razón para creer que el trabajo en el siglo XXI no podrá permanecer encerrado en las categorías normativas del mercado se encuentra en el auge de los peligros ecológicos, lo que obliga a tener una visión integral del

<sup>52</sup> Cf. las contribuciones reunidas en SUPIOT, Alain (dir.), “L’entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives juridiques et économiques”, Dalloz, Paris, 2015.

<sup>53</sup> HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, in Aux sources du droit. Le pouvoir l’ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée, 1933, n. 4, reimpresso por el Centro de Filosofía Política y Jurídica de la Universidad de Caen, 1986.

<sup>54</sup> Cf. FAVEREAU, Olivier, “Entreprises: la grande déformation”, Parole et Silence Editions, Paris, 2014, 155 p.; y más recientemente las recomendaciones del informe de NOTAT, Nicole - SENARD, Jean-Dominique, “L’entreprise, objet d’intérêt collectif”, mars 2018, p. 122.

<sup>55</sup> Cf. SUPIOT, A. – DELMAS-MARTY, MIREILLE (dir.), “Prendre la responsabilité au sérieux”, PUF, Paris, 2015, 430 p.

*homo faber* y de la impronta de su obra sobre su medio vital. Lo característico de los seres vivos, como apunta Canguilhem, “es hacer su entorno, componerse con su entorno”<sup>56</sup>. Esto es cierto para la especie humana como para cualquier otra, pero “En el hombre, a diferencia del animal de laboratorio, los estímulos o los agentes patógenos nunca son recibidos por el organismo como hechos físicos en bruto, sino también vividos por la conciencia como signos de tareas o de pruebas”<sup>57</sup>. Esta observación nos transporta de inmediato al campo jurídico, ya que, siguiendo la luminosa demostración de Jean-Louis Gardies, se admite que el derecho se presenta siempre como una de las respuestas posibles a los desafíos que estas condiciones de existencia plantean a la especie humana<sup>58</sup>. La huella del hombre sobre su medio vital ha dependido siempre de los estándares y valores que ha adoptado. Los de la globalización son en muchos sentidos insostenibles, y la urgencia ecológica y la revolución digital obligan hoy a ponerlos en cuestión.

Esta debería ser la tarea de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al cumplir su centenario. Creada en 1919 por el Tratado de Versalles, la OIT es la más antigua de todas las organizaciones internacionales, la única que ha sobrevivido a la desaparición de la Sociedad de Naciones y la única que cuenta entre sus miembros no solo a los Estados sino también a representantes de empleadores y trabajadores.

Su constitución le obliga a evitar que “la no adopción por cualquier nación de un régimen laboral realmente humano oponga obstáculos a los esfuerzos de otras naciones que desean mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”. Por tanto, le corresponde no imponer el mismo régimen de trabajo a todos los Estados, sino apoyar los esfuerzos de quienes quieren mejorar la situación de sus trabajadores y evitar que estos esfuerzos los pongan en desventaja frente a países que no lo hacen.

A esta primera misión, la Declaración de Filadelfia (1944) añadió una segunda, que consiste en velar para que “todos los programas de acción y medidas de carácter económico y financiero” sean de una naturaleza que se oriente a “promover, y no obstaculizar (...) el derecho (de todos los seres humanos) a perseguir su progreso material y su desarrollo espiritual en libertad y dignidad, en seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

Estos principios constitucionales no han perdido nada de su valor ni su actualidad. Por otro lado, las condiciones en las que se desarrollan estas dos misiones han cambiado profundamente, en la medida en que el trabajo es hoy a nivel mundial escenario de tres grandes convulsiones, que son otros tantos

<sup>56</sup> CANGUILHEM, Georges, “La Connaissance de la vie”, Vrin, Paris, 1965, p. 143.

<sup>57</sup> CANGUILHEM, Georges, “Le normal et le pathologique”, PUF, 1975, 3ème éd., p. 204. Add. SCHWARTZ, Y. - ECHTERNACHT, E., “Le corps-soi dans les milieux de travail. Comment se spécifie sa compétence à vivre”, Corps, 2009/1, n. 6, ps. 31-37.

<sup>58</sup> Cf. GARDIES, Jean-Louis, “L’erreur de Hume”, PUF, Paris, 1987, ps. 118-119.

retos a afrontar: un desafío tecnológico, un desafío ecológico y un desafío institucional. Para ello, es necesario, por un lado, tomar la medida y trascendencia de cada uno de ellos y por otro abordarlos a través del prisma de la diversidad de experiencias y culturas que allí confrontan. Los problemas que plantea el trabajo en el siglo XXI son de tres órdenes, ecológico, técnico e institucional.

En primer lugar, ecológico. Incapaz de percibir los límites de los recursos naturales, la Revolución Industrial fomentó su sobreexplotación, inclinando nuestro planeta hacia lo que algunos llaman ahora la era del “antropoceno”, es decir, un período marcado por el impacto determinante de la actividad humana en el ecosistema terrestre<sup>59</sup>. La toma de conciencia de este impacto torna insostenible lo que Augustin Berque llamó la “caducidad del trabajo medial” en nuestra representación de la relación del hombre con la Tierra<sup>60</sup>. En efecto, es bastante evidente que es el trabajo de los hombres lo que hace que la temperatura del planeta aumente. Es a través de su obra que la especie humana se inscribe en su ecúmeno y lo transforma, de modo que la cuestión de la organización del trabajo y la de la huella ecológica son dos caras de una misma medalla.

Problema tecnológico a continuación, porque también es obvio que, si este impacto se ha vuelto lo suficientemente significativo como para perturbar el ecosistema terrestre, es debido a las mutaciones técnicas que se han producido desde la primera Revolución Industrial, la de la máquina de vapor. Sin embargo, la larga historia del *anthropos* nos enseña que los cambios técnicos a gran escala están necesariamente acompañados por cambios institucionales. Como ha observado el antropólogo André Leroi-Gourhan, la evolución humana atestigua una separación cada vez más flagrante entre las transformaciones del cuerpo, que se ha mantenido en la escala de los tiempos geológicos, y la de las herramientas, ligadas al ritmo de las sucesivas generaciones. Es por eso que, según él, “la humanidad cambia un poco de especie cada vez que cambia a la vez tanto de herramientas como de instituciones”<sup>61</sup>. La revolución digital es seguramente el resultado de tal mutación en la medida en que, a la exteriorización ilimitada de las fuerzas motrices, ella agrega la exteriorización ilimitada de ciertas capacidades cerebrales: la memorización y procesamiento de las informaciones. La distorsión característica de la especie humana, entre, por un lado, nuestra naturaleza inalterada de simio desnaturalizado altamente depredador y por otro lado el aumento ilimitado de los medios para llevar a cabo esa depredación, sugiere lo que Leroi-Gourhan describió en 1964 como una toma de posesión del planeta tan total como suicida por parte del hombre:

<sup>59</sup> Esta noción fue presentada por primera vez por el premio Nobel de Química Paul J. CRUTZEN y el biólogo Eugene F. STOERMER, “The ‘Anthropocene’”, Global Change, News-Letter, n. 41, ps. 17-18. IGBP, 2000; add. CRUTZEN, “Geology of Mankind: The Anthropocene”, Nature, 415, 23 (2002).

<sup>60</sup> BERQUE, Augustin, “La forclusion du travail médial”, in MUSSO, Pierre - SUPIOT, Alain (dir.), ob. cit., ps. 134-148.

<sup>61</sup> LEROI-GOURHAN, André, ob. cit., p. 50.

“La economía del hombre sigue siendo la de un mamífero altamente depredador, incluso después de la transición a la agricultura y la ganadería. A partir de este momento, el organismo colectivo deviene preponderante de modo cada vez más imperativo, y el hombre se convierte en el instrumento de un ascenso tecno-económico al que presta sus ideas y sus brazos. De esta manera, la sociedad humana se convierte en la principal consumidora de hombres, en todas sus formas, a través de la violencia o el trabajo. El hombre gana allí al asegurar progresivamente una toma de posesión del mundo natural que debe, si se proyectan hacia el futuro los términos tecno-económicos de la actualidad, terminar en una victoria total, la última bolsa de petróleo vaciada para cocinar el último puñado de hierba comido con la última rata”<sup>62</sup>.

Por último, existe un problema institucional, porque desde hace 40 años se presenta un conflicto de lógicas jurídicas entre, por un lado, los principios y reglas del comercio y de las finanzas internacionales, que se ocupan del trabajo, las medicinas, los cultivos o los recursos naturales. Como bienes económicos puros en competencia en un mercado sin fronteras, y por otro lado los principios y reglas de justicia social o corrección ecológica. Desde donde un ordenamiento jurídico internacional esquizofrénico, del cual el hemisferio financiero y comercial incita a no ratificar ni aplicar los estándares de los que su hemisferio social y ambiental proclama la necesidad y la universalidad. Esta esquizofrenia normativa afecta no solo a los Estados, sino también a las empresas multinacionales en la medida en que escapan a su tutela.

La OIT solo podrá hacer frente a estos desafíos si tiene plenamente en cuenta la diversidad de las experiencias laborales en el mundo. Durante dos siglos, la idea de progreso económico y social ha tenido generalmente como corolario el de extender a todos los países del mundo los modos de organización del trabajo establecidos en los antiguos países industrializados. Desde la Segunda Guerra Mundial, esta filosofía de la historia ha guiado las políticas de desarrollo, con los países “más avanzados”, ya sean capitalistas o comunistas, mostrando el camino hacia el progreso a los países “menos avanzados”. Ello ha llevado a universalizar las categorías normativas resultantes de la experiencia de los antiguos países industrializados y a extenderlas a todo el planeta. Este enfoque sigue siendo el de la globalización, concebido como un proceso inevitable de uniformización, atizado por la puesta en competencia de los sistemas sociales. Varios indicios muestran que esta represión de la diversidad de historias y de culturas laborales es insostenible, aunque solo sea ecológicamente. A menos que sea pensada y respetada, esta diversidad reaparece bajo formas patológicas.

Por el contrario, situarse en una perspectiva de globalización presupone tener en cuenta tanto la interdependencia objetiva creada por la comunidad de los desafíos ecológicos, técnicos e institucionales de los tiempos que corren, como esta diversidad de ambientes y culturas nacionales y regionales, que no es

<sup>62</sup> LEROI-GOURHAN, A., ob. cit., t. I: “Technique et langage”, p. 260.

un obstáculo, sino por el contrario un recurso fundamental para que la humanidad haga frente a estos desafíos, y cuyo respeto forma parte de un “régimen de trabajo realmente humano”.

## BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, Gary S., “Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education”, University of Chicago Press, 1ère éd. 1964, 3ème edition 1994.
- BERGSON, Henri, “L’Évolution créatrice” (1907), PUF, coll. “Quadrige”, 1996.
- BERQUE, Augustin, “Écoumène. Introduction à l’étude des milieux humains”, Belin, Paris, 2000.
- “La forclusion du travail médial”, en MUSSO, Pierre - SUPIOT, Alain (dirs.), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?*, Hermann, Paris, 2018.
- BROWNSON, Orestes, “The Laboring Classes”, Boston Benjamin Greene, 3rd ed. 1840.
- BRYNJOLFSSON, Erik - MCAFEE, Andrew, “Race Against The Machine: How The Digital Revolution Is Accelerating Innovation, Driving Productivity, and Irreversibly Transforming Employment and The Economy”, MIT, enero de 2012.
- CANGUILHEM, Georges, “La Connaissance de la vie”, Vrin, Paris, 1965.
- “Le normal et le pathologique”, PUF, 1975, 3ème éd.
- CASILLI, Antonio, “En attendant les robots. Enquête sur le travail du clic”, Seuil, 2018.
- CHAMBERS, Jonathan D., “Enclosure and labour supply in the industrial revolution”, *Economic History Review*, vol. 5, nro. 3, 1953.
- COASE, Ronald, “The Economics of the First Amendment. The Market for Goods and the Market for Ideas”, *American Economic Review, Papers and Proceedings*, vol. 64, nro. 2, 1974.
- CRUTZEN, Paul J., “Geology of Mankind: The Anthropocene”, *Nature*, 415, 23, 2002.
- CRUTZEN, Paul J. - STOERMER, Eugene F., “The ‘Anthropocene’”, *Global Change, NewsLetter*, nro. 41, IGBP, 2000.
- DESCHAMPS, Auguste, “Sur l’expression «locare operas» et le travail comme objet de droit à Rome”, *Mélanges Gerardin*, Sirey, 1907.
- GIRARD, Paul Frédéric, “Manuel elementaire de droit romain”, Rousseau, París, 1911, 5<sup>a</sup> ed.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, “Droit des obligations”, PUF, Paris, coll. “Thémis”, 2019, 5e éd., t. 1: Contrat et engagement unilatéral.
- “L’institution de la liberté”, PUF, Paris, 2018.

- FAVEREAU, Olivier, “Entreprises: la grande déformation”, *Parole et Silence* Editions, Paris, 2014.
- FREY, Carl Benedikt y OSBORNE, Michael A., “The Future Of Employment: How Susceptible Are Jobs To Computerisation?”, Oxford Martin School, 2013.
- GARDIES, Jean-Louis, “L’erreur de Hume”, PUF, Paris, 1987.
- KALFF, Donald, “L’entreprise européenne. La fin du modèle américain”, Vuibert, Paris, 2004.
- HANSMANN, Henry - KRAAKMAN, Reiner, “The end of history for corporate law”, *Georgetown Law Journal*, vol. 89, nro. 2, 2001.
- HAUDRICOURT, André-Georges, “La technologie, science humaine. Recherches d’histoire et d’ethnologie des techniques”, Éd. de la MSH, Paris, 1987.
- HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, *Aux sources du droit. Le pouvoir l’ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée, 1933, nro. 4, reimpreso por el Centro de Filosofía Política y Jurídica de la Université de Caen, 1986.
- JAY, William, “An Inquiry into the Character and tendency of the American Colonization and American Anti-Slavery Societies” [1835], New-York, R. G. Williams, 1837, 4ème éd.
- KUHNER, T. K., “Capitalism v. Democracy. Money in Politics and the Free Market Constitution”, Stanford University Press, 2014.
- LAURENT, Éloi, “Social-Écologie”, Flammarion, Paris, 2011.
- LE GOFF, Jacques, “Le temps du travail dans la ‘crise’ du XIVe siècle: du temps médiéval au temps moderne”, en *Pour un autre Moyen Age - Temps, travail et culture en occident: 18 essais*, Gallimard, 1977.
- LEMARCHAND, Yannick – MCWATTERS, Cheryl S., “Accounting representation and the slave trade: The *Guide du commerce* of Gaignat de l’Aulnais”, *The Accounting Historians Journal*, vol. 33, nro. 2, 2006.
- Cheryl S., “Quelques aspects de la gestion de la traite négrière française au xviiie siècle”, *Droits*, vol. 51, nro. 1, 2010.
- LEROI-GOURHAN, André, *Le geste et la parole*, Albin Michel, Paris, 1964, t. II: “La mémoire et les rythmes”.
- LIBERSKI-BAGNOUD, Danouta, “La souveraineté de la Terre”, a aparecer en las Ediciones du Seuil, coll. “Poids et mesures du monde”.
- LOUIS, Paul, “Le travail dans le monde romain”, F. Alcan, Paris, 1912.
- LOYSEAU, Charles, “Traité des ordres et simples dignités”, Chateaudun, Abel Langelier 1610, 1ère éd.
- MARX, Karl, “Le Capital”, Livre premier, Ch. XV, §.9, in *Oeuvres. Économie*, Gallimard, La pléiade, Paris, 1965.
- MAUSS, Marcel, “Sociologie et anthropologie”, PUF, Paris, 1983, 8ème éd.
- MÉDA, Dominique, “Le travail. Une valeur en voie de disparition”, Aubier-Montaigne, Paris, 1995.

- MONDIALE, Banque, “Rapport sur le développement dans le monde 2019: Le travail en mutation”, Washington, 2019.
- MORCK, Randall K. (dir.), “A History of Corporate Governance around the World. Family Business Groups to Professional Managers”, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 2007.
- OECD, “Employment Outlook 2019: The Future of Work”, OCDE, Paris, 2019.
- “Principles of Corporate Governance”, OECD, Paris, 2004.
- ORLEÁN, André, “L’empire de la valeur. Refonder l’économie”, Seuil, Paris, 2011.
- POLANYI, Karl, “Le marché régulateur et les marchandises fictives: travail, terre et monnaie”, en *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* [1944], Gallimard, Paris, 1983.
- REY, Alain, “Dictionnaire historique de la langue française”, vº Métier.
- RIGAUDIAT, Jacques, “La Dette, arme de dissuasion sociale massive”, Vauclaines-sur-Seine, Éditions du Croquant, 2018.
- RIFKIN Jeremy, “The End of Work: The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era”, Putnam, 1995, trad. fr. *La fin du travail*, La Découverte, 1996.
- ROBÉ, Jean-Philippe, “À qui appartiennent les entreprises?”, *Le Débat*, vol. 3, nro. 155, 2009.
- RODIN, Auguste, “Faire avec ses mains ce que l’on voit. Textes, lettres et propos choisis”, Mille et une nuits, 2011.
- SANDEL, Michael, “Democracy Discontent’s. America in search of a Public Philosophy”, Harvard University Press, 1996.
- SCHWARTZ, Yves - ECHTERNACHT, Eliza, “Le corps-soi dans les milieux de travail, Comment se spécifie sa compétence à vivre”, *Corps*, 2009/1, nro. 6.
- “Reconnaissances du travail: pour une approche ergologique”, Presses universitaires de France, Paris, 1997; “Le paradigme ergologique ou un métier de philosophe”, Toulouse, Octares éditions, 2000.
- SEWELL, William H., “Gens de métier et révolutions. Le langage du travail de l’Ancien Régime à 1848”, trad. éd. anglaise 1980, Aubier, Paris, 1983.
- SIMONDON, Gilbert, “Du mode d’existence des objets techniques”, Aubier, 1958, nouvelle éd. revue et corrigée, 2012.
- SONNET IER, in “Œuvre littéraire de Michel-Ange”, traduction Boyer d’Agen, Librairie Ch. Delagrave, 1911, 2e éd.
- SPITTLER, Gerd, “Anthropologie du travail: des classiques à la comparaison ethnographique”, en MUSSO, Pierre - SUPIOT, Alain (dirs.), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?*, Hermann, 2018.
- STALINE, Joseph, “L’homme le Capital le plus précieux suivi de Pour Une Formation Bolchevik”, Editions sociales, Paris, 1945.
- SUPIOT, Alain, “La Gouvernance par les nombres”, Fayard, Paris, 2015.

- SUPIOT, Alain (dir.), “Mondialisation ou globalization? Les leçons de Simone Weil”, Éd. du Collège de France, Paris, 2019.
- “L’entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives juridiques et économiques”, Dalloz, Paris, 2015.
- SUPIOT, Alain – DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), “Prendre la responsabilité au sérieux”, PUF, Paris, 2015.
- “The Financial Aspects of Corporate Governance”, Professional Publishing Ltd., Londres, 1992.
- TRENTIN, Bruno, “La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo”, Feltrinelli, 1997, trad. fr. *La Cité du travail. La gauche et la crise du fordisme*, Fayard, Paris, 2012.
- WEIL, Simone, “La science et nous”, in *Sur la science*, Gallimard, 1966.
- “Science et perception”, in *Sur la science*, Gallimard, 1966.

Recepción: 18/04/2021.

Aceptación: 06/05/2021.

# EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL TELETRABAJO Y LOS NUEVOS DERECHOS ESPECÍFICOS DEL TELETRABAJADOR

Por HÉCTOR OMAR GARCÍA \*

## **Resumen:**

*La expansión del teletrabajo durante la etapa de aislamiento obligatorio y restricciones a la circulación de personas dispuestos como defensa primaria ante la pandemia de COVID-19 condujo al legislador argentino —al igual que los de otros países— a pensar en una regulación integral del trabajo subordinado prestado a distancia mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación que tuviera vigencia con posterioridad a la emergencia sanitaria. La ley 27.555 instauró el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo (RLCT), que entrará en vigor el 1º de abril de 2021. Antes de abordar el examen de este nuevo régimen, el presente estudio releva los aspectos centrales del teletrabajo como instituto jurídico (definición, elementos estructurales, caracteres y tipologías) y repasa en forma panorámica las legislaciones comparadas que han regulado dicha modalidad de prestar servicios antes después de la irrupción de la pandemia. Finalmente, el artículo se adentra en el examen del RLCT adoptando como hilo conductor los nuevos derechos del trabajador específicamente creados por la reciente legislación —que se vinculan con el uso de la tecnología informática de última generación y a la prestación de tareas desde el domicilio del trabajador— y los consecuentes nuevos límites a los poderes de organización, dirección y control del empleador, necesarios para el ejercicio efectivo de esos derechos.*

## **Palabras clave:**

*Teletrabajo, trabajo a distancia, trabajo remoto, trabajo a domicilio, derecho a la desconexión digital, derecho a la privacidad, derechos específicos del teletrabajador; límites al poder de control del empleador.*

\* Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

## THE NEW TELEWORKING LAW AND THE NEW SPECIFIC RIGHTS FOR TELEWORKERS

### **Abstract:**

*The expansion of teleworking during the stage of mandatory isolation and restrictions on the movement of people willing as a primary defense against the COVID-19 pandemic led the Argentine Congress —like those of other countries— to think about a comprehensive regulation of subordinate work provided remotely using TIC's technology that took effect after the health emergency.*

*Law 27.555 established the Legal Regime of the Telework Contract (RLCT) which will become effective on April 1, 2021. Before considering the new regime, this work focuses on the essential aspects of teleworking as a legal institute (definition, structural elements, characteristics, and typologies) and provides an overview of the compared legislations that have regulated this type of service before and after the pandemic outbreak. Finally, this article goes into the analysis of the RLCT, based on the new workers' rights specifically created by the new legislation—which are linked to the use of the latest generation computer technology and the provision of tasks from the worker's home—and the consequent new limits to the powers of organization, direction and control of the employer, necessary for the effective exercise of those rights.*

### **Keywords:**

*Teleworking, telecommuting, remote work, e-work, smart working, home working, right to digital disconnection, specific rights of teleworkers, limits to the employer's power of control.*

## 1. EL TELETRABAJO: NOCIONES INTRODUCTORIAS

La aparición de la forma de trabajar que hoy se conoce como *teletrabajo* se sitúa en los Estados Unidos de América durante la década de 1960, por impulso de un estudioso de la cibernetica llamado Norbert Wiener. Pero fue una década más tarde, cuando la crisis del petróleo condujo a asumir la necesidad de reducir el gasto en energía, que el físico e ingeniero estadounidense Jack Nilles utilizó por primera vez el término *telecommuting*, que —entonces sin traducción al castellano— fue interpretado por aproximación como “teledesplazamiento” y finalmente como “teletrabajo”. Este científico consideró aplicable el neologismo, con amplitud, a “cualquier forma de sustitución de los desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la informa-

ción”<sup>1</sup>, presentando metafóricamente dicha sustitución como “posibilidad de enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar el trabajador al trabajo”<sup>2</sup>.

Según la síntesis histórica ofrecida por la profesora andaluza Sierra Benítez, en una primera etapa se creyó que la actividad profesional realizada desde el domicilio, mediante la informática y las telecomunicaciones, permitiría armonizar la vida privada con el trabajo. Desde fines de la década de 1980, la concepción del teletrabajo fue imbuida de mayor pragmatismo, y llegó a ser ponderada como un instrumento de flexibilidad laboral que contribuiría a la externalización de las empresas y la reducción de los gastos fijos de estas. En los últimos años del siglo XX, con la crisis económica de un lado y la revolución de las telecomunicaciones del otro, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se implantaron en todos los ámbitos, afectando de manera especial al mercado de trabajo. Internet y el correo electrónico pusieron al alcance del empresario y del trabajador herramientas que favorecen la movilidad y la flexibilidad en el trabajo y el ahorro en costos de producción<sup>3</sup>.

En 2020, en el contexto global de medidas destinadas a enfrentar la pandemia de COVID-19, se pasó, con celeridad inusitada, de una presencia poco significativa del teletrabajo en los mercados laborales, a la conversión del trabajo a distancia, en general, y el teletrabajo, en particular, en la realidad preponderante, de uso generalizado especialmente en el sector de los servicios<sup>4</sup>. La adopción en masa del teletrabajo, propiciada en todo el mundo como consecuencia de las medidas de confinamiento, abrió márgenes en la política pública de varios países para plantearse la adopción de una regulación específica de este modo de trabajar más allá de la situación de emergencia.

En la Argentina, la iniciativa legislativa surgió del seno de la Cámara de Diputados, en la que durante los primeros meses del aislamiento social preventivo y obligatorio —impuesto por el DNU 297/2020— florecieron varias

<sup>1</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El Derecho del Trabajo en el nuevo trabajo a distancia”, comunicación presentada a la ponencia “Libertad de empresa, Constitución española y Derecho del Trabajo” en las XXXI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales. Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico, Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012, p. 6, con cita de NILLES, Jack, “The Telecommunications-Transportation Tradeoff, Options for Tomorrow and Today”, Jala International, California, 1973.

<sup>2</sup> Cit. por DÍAZ ALOY, Viridiana, “Consideraciones acerca de los enfoques regulatorios del teletrabajo”, en GARCÍA VIOR, Andrea (coord.), Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral, Colección Temas de Derecho Laboral, nro. 2, Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 27.

<sup>3</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011, ps. 30 y 23.

<sup>4</sup> En opinión de Cruz Villalón, este fenómeno constituye el cambio de organización del trabajo y de actividad empresarial más intenso y rápido que se ha producido entre todas las transformaciones conocidas en la historia del trabajo. Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Del coronavirus al contagio del teletrabajo”, Nueva Tribuna, 21/03/2020, disponible en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/coronavirus-confinamiento-teletrabajo-covid19-oms-salud/2020032023206172385.html> (consulta el 05/12/2020).

propuestas de regulación del teletrabajo, todas ellas, con la pretensión de conformar un régimen que comenzara a regir una vez recuperada la normalidad social luego de la finalización de la emergencia sanitaria. Catorce proyectos de ley fueron unificados para su tratamiento parlamentario en un texto único, que obtuvo una rápida sanción del Congreso, el 30/07/2020, como ley 27.555, publicada en el BO el 14 de agosto del mismo año.

La nueva ley consagra el que ella denomina *Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo* (en adelante, RLCT), aunque su alcance comprende a esta actividad laboral no solo cuando constituya el objeto del contrato y, por tanto, se cumpla desde el inicio de la relación laboral, sino también cuando su puesta en práctica afecte contratos de trabajo preexistentes y sin perjuicio de que dicho modo de prestar servicios se acuerde con carácter experimental. El RLCT anuncia su propia entrada en vigor “luego de noventa [90] días contados a partir de que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio” (art. 19). La res. 54/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social —por delegación del art. 19 de la reglamentación aprobada por el dec. 27/2020—, fija como fecha de inicio de plazo trimestral previsto en la ley, el 31 de diciembre de 2020. Si bien —como objeta Confalonieri (h)— esto llevaría a pensar que la fecha de comienzo de la vigencia del RLCT sería el 22 de marzo de 2021, la resolución suma desprolijidad al establecer como punto de partida de la entrada en vigor del RLCT el 1 de abril de 2021, es decir, nueve días después del límite legal<sup>5</sup>. Ello, por otra parte, implica dar por supuesto que para esa fecha el problema sanitario estará, si no superado, por lo menos bajo control.

La ley 27.555 materializa la pretensión de establecer una regulación integral heterónoma del teletrabajo, dando lugar, como derivación inmediata, a la plasmación positiva de nuevos derechos, aquí llamados *específicos del contrato de teletrabajo* o, con mayor precisión, *específicos del teletrabajador*, que constituyen el núcleo del presente estudio. La creación normativa de estos derechos exterioriza la pretensión legislativa de atender, por un lado, a la fusión que el teletrabajo produce en la práctica, especialmente cuando se presta desde el domicilio del dependiente, entre los derechos específicamente laborales y los inespecíficos<sup>6</sup> o extralaborales del trabajador y, por otro lado, a la potenciación que generan las tecnologías de vanguardia en los poderes de dirección y control

<sup>5</sup> CONFALONIERI, Juan Ángel (h), “Primer acercamiento a la reglamentación —parcial y confusa— de la ley 27.55, y a la resolución MTEySS 54/2021, de 03 de febrero, sobre el concepto de teletrabajo, el punto de partida de la vigencia de las normas que lo regulan y el ámbito de aplicación de las mismas”, en portal digital de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en [https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/1604/LEY%20N%C2%BA%2027.555%20-%20Juan%20A.%20Confalonieri%20\(h\).pdf](https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/1604/LEY%20N%C2%BA%2027.555%20-%20Juan%20A.%20Confalonieri%20(h).pdf) (fecha de consulta: 22/02/2021).

<sup>6</sup> La muy difundida calificación de derechos fundamentales inespecíficos pertenece a PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-C., “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.) – MARTÍN JI-

del empleador, tratando de preservar prioritariamente la intimidad de la persona que trabaja y la privacidad de su domicilio.

Los nuevos derechos concentrados en el régimen especial del referido modo de trabajar serán objeto de estudio en el parág. VI.2 de este artículo, luego de examinar los elementos estructurales y las tipologías del teletrabajo y las influencias que su uso expandido en el marco de la emergencia sanitaria ejerció sobre algunas legislaciones, incluida la de nuestro país.

## 2. TELETRABAJO, TRABAJO A DOMICILIO Y TRABAJO A DISTANCIA

“Teletrabajo” es un término abordado desde diversas disciplinas científicas (como la economía, la sociología y el derecho), que ha dado lugar a múltiples definiciones y —según opiniones de doctrina jurídica— a la existencia de una cierta polisemia en su utilización<sup>7</sup>. Mientras, por un lado, al vocablo “teletrabajo” se le atribuyen significados ligeramente diferentes, por otro, son de uso corriente algunos términos con alcances muy similares al de teletrabajo, que se intercambian con este de modo indistinto; entre otros: teledesplazamiento (*telecommuting*), trabajo en red (*networking*), trabajo remoto o a distancia (*remote working*), “trabajo flexible” (*flexible working*), trabajo electrónico (*e-work*) y trabajo a domicilio [*home working*<sup>8</sup> o *home office*]. Aunque el modo de trabajar representado por cada una de estas denominaciones ostente respectivas notas diferenciales, todas ellas tienen en común la presencia de dos rasgos principales a los fines de la definición y caracterización del teletrabajo: el desempeño del trabajador desde un lugar ajeno a los establecimientos de la empresa y el aprovechamiento de instrumental tecnológicamente avanzado.

En un sentido jurídico estricto, los conceptos de *teletrabajo*, *trabajo a domicilio* y *trabajo a distancia* no son sinónimos, aunque el primero sea hoy la forma más usual y representativa de la realización de tareas desde el hogar del trabajador o cualquier otro sitio ajeno a los centros de trabajo del empleador. En todo caso, existen sendas relaciones *género-especie* entre el teletrabajo y cada una de las otras dos figuras. Entre teletrabajo y *trabajo a domicilio* se verifica tal relación cuando el primero se lleva a cabo en el lugar de residencia del trabajador y según se trate de ordenamientos que admiten el tratamiento del trabajo a domicilio como una forma de trabajo asalariado o dependiente —como es el

MÉNEZ, Rodrigo (coord.), El modelo social en la Constitución española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, ps. 229-248.

<sup>7</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 35.

<sup>8</sup> LAVÍN, Analía A., “El teletrabajo en las relaciones laborales: frontera de la dependencia”, Actualidad Jurídica, 30/03/2020, disponible en <https://actualidadjuridicaonline.com/doc-trina-el-teletrabajo-en-las-relaciones-laborales-frontera-de-la-dependencia-autora-analia-andrea-lavin> (consultado el 11/12/2020).

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL TELETRABAJO Y LOS NUEVOS DERECHOS  
ESPECÍFICOS DEL TELETRABAJADOR  
HÉCTOR OMAR GARCÍA

caso de la Argentina, pero no así, por ejemplo, de España <sup>9</sup>—. Si se aparta el teletrabajo del lugar de residencia del trabajador, el trabajo a domicilio bien puede ser considerado una especie del género trabajo a distancia, al que también pertenece el teletrabajo. A ello, cabría agregar —con Confalonieri (h)— que el trabajo a distancia es un género al que pertenecen el trabajo a domicilio y el teletrabajo <sup>10</sup>.

Entendido el trabajo a distancia como “la simple deslocalización de la actividad respecto del centro de imputación de los resultados” <sup>11</sup>, el lugar elegido por el trabajador, o convenido entre este y su empleador, para el cumplimiento de las tareas puede ser cualquiera (tanto el domicilio del empleado como otro espacio, privado o público, cerrado o abierto, incluso con cierta lejanía geográfica), que no corresponda a la esfera de dominio o control del principal. Lo que resulta imprescindible, tanto para el trabajo a distancia como para el teletrabajo —según apunta Sierra Benítez—, es que el trabajo sea independiente del lugar de trabajo, lo cual expresa la imposibilidad de que el teletrabajo pueda aplicarse a tareas que requieran una presencia física en la sede de la empresa <sup>12</sup>.

Los vínculos del teletrabajo con el *trabajo a domicilio* y con el *trabajo a distancia* tienen sendos reflejos normativos. La relación de aquel con el trabajo a domicilio encuentra su plasmación normativa de mayor relieve en el convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1996, sobre trabajo a domicilio. El art. 2º de esta convención internacional —ratificada por la Argentina en 2006— determina la aplicación del propio convenio “a toda persona que realiza trabajo a domicilio” <sup>13</sup>. Esta condición objetiva para la aplicación

<sup>9</sup> “La doctrina española considera a los trabajadores a domicilio como trabajadores ‘externos sui generis’ que, asimilados a los trabajadores internos, pueden realizar la prestación de servicios bajo la modalidad genérica de trabajo a domicilio en cualquiera de sus manifestaciones: individual o colectiva, dentro o fuera del taller”. Vid. DE LA VILLA GIL, Luis E. – GARCÍA NIÑET, José I., “Contrato de trabajo a domicilio”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1985, t. III, arts. 8 a 13, p. 396; cit. por SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 56.

<sup>10</sup> CONFALONIERI, Juan Ángel (h), “El concepto de teletrabajo y el régimen de reversibilidad. Dos de los varios aspectos cuestionables de la reciente ley argentina nro. 27.555. Sucinta comparación con el régimen español”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nro. 57, noviembre 2020, p. 784.

<sup>11</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 32.

<sup>12</sup> Ibid., p. 36.

<sup>13</sup> A su vez, el art. 1º del convenio 177 define qué se entiende por trabajo a domicilio: “A los efectos del presente Convenio:

“(a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:”(i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;”(ii) a cambio de una remuneración;”(iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;

del convenio no se desvanece por el hecho de la utilización de instrumental tecnológicamente avanzado, que constituye un rasgo identificador primordial del teletrabajo.

En los ordenamientos comparados, el teletrabajo es expresamente tratado como especie del género “trabajo a distancia” en dos normas del ordenamiento español: el art. 2º del real-decreto-ley (RDL) 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, y el art. 47 bis del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), introducido en este por el art. 1º del RDL 29/2020, de 29 de septiembre, sobre medidas urgentes en materia de teletrabajo en las administraciones públicas. El art. 2º RDL 28/2020 contiene las definiciones de ambos conceptos. En su inc. a), define el “trabajo a distancia” como “(l)a forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por esta, durante toda su jornada, o parte de ella, con carácter regular”; y el inc. b) del mismo precepto hace lo propio con el teletrabajo, al que identifica con “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”<sup>14</sup>. Por su parte, el referido art. 47 bis EBEP —introducido por el art. 1º RDL 29/2020— aporta una definición de teletrabajo específica para el sector público de toda España, cuya retórica contrasta con la simplicidad de la definición contenida en el art. 2º, inc. b), del RDL 28/2020, a la que aquella agrega matices<sup>15</sup> pero mantiene la referencia al teletrabajo como subespecie del trabajo a distancia<sup>16</sup>.

---

”(b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;”(c) la palabra empleador significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa” (el destacado pertenece al texto original).

No obstante la vocación literalmente expresada por la norma, es evidente que esta definición, dada su amplitud, es más bien propia del trabajo a distancia que del trabajo a domicilio.

<sup>14</sup> El art. 2º del RDL 28/2020 no deja sin definir al “trabajo presencial”; en su inc. c), lo representa como “aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa”.

<sup>15</sup> Sala Franco observa que “en esta definición desaparece el carácter cuantitativo del uso ‘exclusivo o prevalente’ de los medios informáticos [y] telemáticos”. Vid. SALA FRANCO, Tomás, “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, en SALA FRANCO, Tomás (coord.) – TODOLÍ SIGNES, Adrián – MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, El teletrabajo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, cap. VIII, ps. 157-158.

<sup>16</sup> “Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación”.

Conforme se señaló en el apartado I del presente estudio, la ley argentina 27.555<sup>17</sup> instauró el RLCT. Este nuevo ordenamiento no define al teletrabajo sino como una forma contractual y —cayendo en un desacuerdo metodológico<sup>18</sup>— intercala la definición de esta figura en el texto ordenado de la LCT. La ley 27.555 incorpora el art. 102 bis en el —también creado por ella— Cap. VI del Tít. III del régimen laboral genérico, correspondiente a “las modalidades del contrato de trabajo” (contratos de trabajo “a tiempo parcial”, a “plazo fijo”, “de temporada”, “eventual” y “de grupo o por equipo”), con las que el “contrato de teletrabajo” no tiene ninguna vinculación. El referido art. 102 bis expresa:

“Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los arts. 21 y 22 de esta ley [refiriéndose, obviamente, a la LCT], sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación”.

Se podría decir, entonces —de manera simplificada y consonante con ley 27.555 y la novísima legislación española, contemporánea de la argentina—, que el *teletrabajo* es *trabajo a distancia* mediante la utilización exclusiva o prevalente de tecnologías de la información y la comunicación.

Confalonieri (h) ataca la definición del art. 102 bis, LCT imputándole una “grave distorsión” basándose en la carencia de un parámetro cuantitativo, esto es, la referencia al tiempo mínimo necesario para la calificación del teletrabajo (v.gr., que el trabajo en las señaladas condiciones sea prestado, como mínima, una determinada cantidad de días o de horas por semana o por mes). Este autor cuestiona además la ausencia de un tercer elemento estructural del teletrabajo, como es la necesaria descentralización del lugar de trabajo (rasgo organizativo), y toma como referencia ilustrativa el contenido del renombrado Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET)—suscripto por los grandes actores sociales del ámbito comunitario europeo el 16/07/2002 y revisado en 2009—, en el que la calificación de una actividad como “teletrabajo” se condiciona a que se trate de una labor que, no obstante poder ser ejecutada en el local del empresario, sea realizada fuera de él<sup>19</sup>.

Sin dejar de lado el señalamiento precedente, es preciso reconocer la existencia de al menos dos significaciones o alcances principales del concepto *te-*

<sup>17</sup> BO del 14/08/2020. Por disposición de la res. 54/2021-MTEySS, la ley entró en vigencia el 01/04/2021.

<sup>18</sup> Véase la crítica formulada en el parág. VI.1 de este artículo.

<sup>19</sup> “Si lo que define al ‘contrato de teletrabajo’ es que las tareas se cumplan ‘total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento (...) del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación’, entonces, un viajante de comercio que utiliza un teléfono celular desde el cual envía y recibe correos electrónicos a su empleador y a sus clientes es un teletrabajador”. Vid. CONFALONIERI (h), Juan Ángel, “El concepto...”, ob. cit., ps. 785-786.

*letrabajo*: uno amplio y otro estricto. En su connotación más vasta, el instituto se identifica con “cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, que es efectuada regularmente y durante una parte proporcionalmente importante del tiempo de trabajo, desde uno o más lugares distintos del puesto de labor tradicional, utilizando tecnología informática y/o telecomunicaciones”<sup>20</sup>.

Ahora bien, si se estrecha la amplitud de esta noción hasta concentrarla en el teletrabajo prestado en condiciones de dependencia o subordinación, se arriba a la idea de teletrabajo que se toma en cuenta de manera excluyente en el presente estudio. El teletrabajo subordinado es la especie de teletrabajo que concita prioritariamente el interés de la disciplina jurídica laboral y, salvo excepciones puntuales —como las regulaciones de los estados de California, Nueva York y otros de los Estados Unidos de Norteamérica—, es también la expresión más difundida en los mercados de trabajo, a tal extremo que algunos autores caracterizan al teletrabajo lisa y llanamente como “un régimen de *telesubordinación*”<sup>21</sup>.

En esta subespecie del teletrabajo se enfoca el mencionado AMET, instrumento que aporta la definición de teletrabajo de mayor trascendencia en el ámbito europeo<sup>22</sup>, que define al instituto en estudio como “una forma de organización o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o una relación de trabajo, en la cual *una labor que podría ser realizada igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos en forma regular*” (resaltado agregado).

La *regularidad*, requerida en la parte final de esta definición, es una nota característica del teletrabajo asalariado que se observa en sistemas como el de Países Bajos<sup>23</sup> —que ocupa el primer lugar entre los países en que esta modalidad de prestar servicios tiene mayor difusión— y la reciente legislación española sobre trabajo a distancia<sup>24</sup>. En general, el teletrabajo ocasional no es

<sup>20</sup> BLANPAIN, Roger, “The Legal and Contractual Situation of Teleworkers in the Member States of the European Union”, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 1995, cit. por SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 30.

<sup>21</sup> LEAL AMADO, João, “O contrato de teletrabalho”, Coimbra, 2009, p. 149, cit. por ABRUNHOSA E SOUZA, Duarte, “O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal”, Revista Derecho Social y Empresa, nro. 6, diciembre 2016, p. 4, nota 8.

<sup>22</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 147.

<sup>23</sup> La Oficina Central de Estadística (CBS) considera teletrabajador a quien trabaja fuera de las instalaciones del empleador mediante acceso a las tecnologías de la información y la comunicación de la empresa “en forma regular” (Eurofund, 29/04/2008, disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2008/telework-in-the-netherlands> (consultado el 18/01/2021)).

<sup>24</sup> El RDL 28/2020, de 22 de septiembre, define al teletrabajo, en su art. 2º b) como «trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación». Y, en su art. 1º, el mismo RDL precisa que «las relaciones de trabajo a las que resultará de aplicación el presente real decreto-ley serán

considerado trabajo dependiente en ningún sistema jurídico; para ser calificado como tal se requiere una cierta regularidad, preferentemente semanal<sup>25</sup>. En la Argentina, la reglamentación del RLCT, aprobada por el dec. 27/2020, aclara, en su art. 1º, que “las disposiciones de la ley 27.555 no serán aplicables [...] en los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional”.

Conforme apunta Sierra Benítez, también resulta un elemento determinante para caracterizar al teletrabajo como subordinado la decisión acerca de la elección del lugar de prestación del teletrabajo, puesto que, ciertamente, este no podría ser adjetivado de otro modo si el lugar de labor no fuera elegido por el trabajador o se encontrara sometido a la vigilancia del empresario<sup>26</sup>.

### 3. ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO

En las definiciones arriba reproducidas se encuentran implícitos los elementos que configuran y permiten identificar al teletrabajo. La doctrina en general coincide en la existencia de tres elementos que cumplen una función estructural en el instituto. La autora valenciana Martín-Pozuelo agrega un cuarto, es decir, que —según esta opinión, que adoptamos— la configuración del teletrabajo depende de la conjunción de cuatro factores; a saber, los elementos: a) *personal*, b) *espacial*, c) *tecnológico* o *cualitativo* y d) *cuantitativo*<sup>27</sup>.

a) Elemento *personal*: consiste en la exigencia de que la prestación de servicios sea desarrollada por una persona física —o humana<sup>28</sup>—, descartando-

aquellas [de carácter asalariado o dependiente] que se desarrolle a distancia con carácter regular. Se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo» (resaltado agregado).

<sup>25</sup> AGUILERA, Anne – LETHIAIS, Virginie – RALLET, Alain – PROULHAC, Laurent, “Le télétravail, un objet sans désir?”, Revue d’Économie Régionale & Urbaine, 2016/1 (Février), ps. 245-266, disponible en <https://www.cairn.info/revue-d-economie-regionale-et-urbaine-2016-1-page-245.htm> (consultado el 07/01/2021).

<sup>26</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 58.

<sup>27</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, “Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo”, en SALA FRANCO, Tomás (coord.) – TODOLÍ SIGNES, Adrián – MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, ob. cit., cap. I, ps. 17-21, con remisión a ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29/05/1999, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2000, ps. 764 y ss.

<sup>28</sup> Persona humana —como es de conocimiento del lector argentino— es la terminología elegida por el legislador para el enunciado del tit. I de la Parte General del Libro Primero del Cód. Civ. y Com. Persona física es la fórmula que utiliza la autora citada en el texto principal de este ensayo, en concordancia con el tenor del art. 1º de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España (texto refundido por RDL 2/2015, de 23 de octubre) al identificar a la figura del empleador;

se así, de la noción de teletrabajo, toda tarea o actividad encomendada a personas jurídicas o llevada a cabo por estas, aunque su prestación sea ejecutada de manera remota y remitida a la empresa mediante la utilización de instrumentos digitales de comunicación. En relación con este elemento subjetivo, se ha dicho que el teletrabajo puede dar respuesta a las expectativas de mayor productividad laboral a partir de que genera una notable flexibilidad espacio-temporal<sup>29</sup>. Este elemento integra la definición del art. 102 bis, LCT en cuanto hace mención a la “persona que trabaja”. El art. 25 de la LCT señala que tal persona es necesariamente “física”.

b) Elemento *espacial* o *locativo*: el teletrabajo se constituye por la existencia de una prestación laboral realizada fuera de los locales de la empresa en los que habitualmente se presta el trabajo y sin que el empresario, o un representante de este, se encuentre materialmente presente<sup>30</sup>. Este elemento también se encuentra en el concepto del art. 102 bis, LCT, que se refiere a la prestación “efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador”.

Es importante subrayar —con Birgin y Freidenberg— que el teletrabajo se lleva a cabo siempre *dentro de la empresa*, aunque su prestación se desarrolle fuera de la estructura edilicia o de otros espacios físicos de ella<sup>31</sup>. La autora valenciana Martín-Pozuelo, por su parte, observa que, a partir del elemento espacial, presente tanto en el teletrabajo como en el trabajo a distancia, gana relieve el concepto de *lugar de trabajo*, que remite al lugar en que el trabajador presta servicios, frente al de *centro de trabajo*, tradicionalmente utilizado en la doctrina y la jurisprudencia ibérica<sup>32</sup>.

c) Elemento *cualitativo* o *tecnológico*: conformado por la pluralidad de instrumentos informáticos utilizados para llevar a cabo la prestación laboral desde el concreto espacio de trabajo en el que el teletrabajador cumple sus tareas. Sierra Benítez enfatiza la importancia del uso de la tecnología para la prestación de servicios, en cuanto considera que el mismo debe ser relevante y no servir como un mero elemento de soporte. La opinión citada toma como referencia la normativa italiana, para la cual “la situación de teletrabajo” comprende “un conjunto de infraestructuras y programas informáticos” donde el aporte de

asimismo esta es la adjetivación que pervive en las definiciones de trabajador y de empleador que contienen, respectivamente, los arts. 25 y 26, LCT (t.o. por dec. 390/1976).

<sup>29</sup> SCAILLEREZ, Arnaud – TREMBLAY, Adianne-Gabrielle, “Le télétravail, comme nouveau mode de régulation de la flexibilisation et de l’organisation du travail: analyse et impact du cadre légal européen et nord-américain”, Revue de l’organisation responsable, ESKA, 2016/1, vol. 11, ps. 21-31.

<sup>30</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, ob. cit., p. 19.

<sup>31</sup> BIRGIN, Oscar – FREIDENBERG, Lelio, “Una nueva forma de trabajar: el teletrabajo”, en GARCÍA VIOR, Andrea (coord.), ob. cit., p. 46.

<sup>32</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, ob. cit., p. 20.

las tecnologías de la información y de la comunicación debe ser “dominante”<sup>33</sup>. Con mayor o menor realce, la presencia del elemento cualitativo es infaltable en las definiciones de teletrabajo que se encuentran en las legislaciones comparadas; entre ellas —como se ha visto *supra*—, el art. 102 bis, LCT, que requiere que la prestación de servicios sea efectuada “mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación”.

El uso de las tecnologías informáticas y de comunicación no supone la transformación material de bienes sino la realización de “tareas ligadas con la ordenación de datos y la producción y depuración de información”, que son propias del sector servicios<sup>34</sup>. Reparando en la utilización de las tecnologías de vanguardia como un factor estructural, necesario en tanto las tareas se basan en el manejo de información y conocimiento, Díaz Aloy apunta atinadamente que el teletrabajo consiste en una labor predominantemente intelectual<sup>35</sup>. Birgin y Freidenberg agregan a ello que el teletrabajo requiere, como condición indispensable, el aporte de *valor agregado* por el trabajador mediante el uso intensivo de las nuevas tecnologías, por lo que, en su opinión, no habría estrictamente teletrabajo cuando quien transmite información por medios telemáticos no agrega valor a la información recibida<sup>36</sup>.

d) Elemento *cuantitativo* o *temporal*: se cifra en la *habitualidad* en la prestación de los servicios a distancia y con uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación<sup>37</sup>. Este elemento es aludido por el art. 1º de la reglamentación del RLCT en cuanto excluye la aplicación de este régimen cuando el teletrabajo “se realice en forma esporádica y ocasional”, ya sea a pedido del trabajador, ya por alguna circunstancia excepcional.

#### 4. TIPOLOGÍAS DE TELETRABAJO

Relevar las diferentes variantes particulares de teletrabajo es una tarea de importancia práctica, más allá de la necesidad de conocer la problemática que plantea cada una de sus modalidades en el tráfico jurídico a los fines del estudio académico. Ese conocimiento, a su vez, facilita a las empresas la elección de la forma de teletrabajo que les resulte más conveniente para organizar su actividad<sup>38</sup> y provee, asimismo, utilidad al legislador, al permitirle adecuar la regulación de modo que alcance a todas ellas.

<sup>33</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 39.

<sup>34</sup> Ibid., p. 40.

<sup>35</sup> DÍAZ ALOY, Viridiana, ob. cit., p. 30.

<sup>36</sup> BIRGIN, Oscar – FREIDENBERG, Lelio, ob. cit., ps. 46-47.

<sup>37</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, ob. cit., p. 20.

<sup>38</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 59.

De las distintas tipologías aportadas por la doctrina, nos centraremos en aquellas que se identifican a partir de dos de sus elementos estructurales: 1) *espacial o locativo*; y 2) *tecnológico o comunicativo*.

1. El lugar de prestación, o *elemento espacial o locativo*, permite a la doctrina distinguir tres formas distintas de teletrabajo<sup>39</sup>. Estas son:

a) Teletrabajo *a domicilio*: es, obviamente, el que se ejecuta en el lugar de residencia del trabajador. En relación con el teletrabajo y el domicilio del dependiente, puede traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional español, que amplió el alcance del concepto constitucional de domicilio, extendiendo la garantía constitucional de este a todos los “lugares de trabajo”, de un modo abarcativo que comprende espacios tan variados como pueden ser las dependencias de una empresa cliente o la habitación de un hotel en los supuestos de *teletrabajo itinerante*, en la inteligencia de que son irrelevantes, en principio, “tanto la ubicación de los espacios constitucionalmente protegidos como la configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo”<sup>40</sup>.

b) Teletrabajo *en telecentros*: consiste en la prestación desde un espacio especialmente dispuesto para que distintas personas, empleadas de distintas empresas, presten trabajo a distancia sirviéndose de instrumental tecnológico avanzado. Entre otras variantes, puede tratarse de un *centro de recursos compartidos* por varias empresas o de un *centro satélite* del establecimiento<sup>41</sup>. Es condición material *sine qua non* que dicho centro o espacio de teletrabajo cuente con las instalaciones y servicios de telecomunicaciones imprescindibles para el cumplimiento de la tarea, como, v.gr., servicio de internet de alta velocidad, sistema de conexión inalámbrica (*wi-fi*), espacio para la ubicación de los trabajadores y los equipos (computadoras personales, tabletas, teléfonos celulares y otros dispositivos portátiles) y múltiples entradas para carga de baterías de estos.

c) Teletrabajo *itinerante o nómada*: esta especie de teletrabajo —corrientemente identificada como lo que se denomina *smart working*— tiene lugar cuando la prestación de tareas puede ejecutarse alternativa o indistintamente en espacios diversos, tan variados como el domicilio del trabajador, el establecimiento de un cliente, un hotel, un bar, una plaza o un vehículo, entre otros<sup>42</sup>. Se ha dicho que en esto se cifra precisamente la verdadera peculiaridad del teletrabajo, esto es, que la actividad laboral se realice en un lugar distinto del

<sup>39</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, ob. cit., ps. 22-25; SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 55.

<sup>40</sup> STC 209/2007, de 24/09/2007 (FJ 2º), cit. por SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 68.

<sup>41</sup> SELLAS I BENVINGUT, Ramón, “El régimen jurídico del teletrabajo en España”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001. p. 34, cit. por SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 53.

<sup>42</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, ob. cit., p. 23.

centro de trabajo y sin la vigilancia directa e inmediata del empresario, tratándose en definitiva de trabajo a distancia<sup>43</sup> con medios digitales. Cabría incluir en esta especie al denominado teletrabajo *en tiempos muertos* —o *tiempo muerto teletrabajable*—, que puede implicar, como contracara indeseada, una prolongación de la jornada por medio de trabajo *in itinere*<sup>44</sup>.

Desde luego, nunca faltan formas híbridas o mixtas, surgidas de la combinación de los tipos *puros* que acabamos de presentar; entre ellas se destacan el teletrabajo *suplementario* u *ocasional* (aquel que se presta solo en uno o en algunos días dentro de determinado período semanal o mensual) y el teletrabajo *alterno* (aquel en el que el trabajador divide su tiempo de labor entre la oficina y el hogar). La forma de teletrabajo mencionada en primer término se encuentra fuera de la regulación del RLCT.

Las especies de teletrabajo vistas precedentemente —con la excepción recién mencionada del teletrabajo *ocasional*— se encuentran comprendidas en la definición del “contrato de teletrabajo” contenida en el art. 102 bis, LCT, incorporado a esta por el art. 2º, RLCT. Conforme se ha señalado más arriba, esta definición circscribe su alcance a los supuestos en que la prestación “sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador”. La reglamentación, por su parte, descarta expresamente la aplicación de la ley 27.555 a “los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional”.

Antes de finalizar este punto dedicado a los tipos de teletrabajo determinados por el elemento espacial, hay que hacer mención a la existencia de una cuarta y especial versión de teletrabajo, denominada *transnacional* o *transfronteriza*. Esta modalidad, que Martín-Pozuelo califica como “atípica” y que distingue por “la presencia de algún elemento de extranjería”<sup>45</sup>, persigue la finalidad evidente —de acuerdo con la misma autora— de “obtención de ventajas competitivas económicas”.

El teletrabajo ejecutado en tales condiciones presenta problemas particulares<sup>46</sup>, que aquí no serán abordados en tanto sobrepasan el propósito del presente estudio. Nos limitaremos a apuntar que el art. 17, RLCT, destinado a la

<sup>43</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El contenido...”, ob. cit., p. 50.

<sup>44</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “Buenas y/o malas prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas”, en ROALES PAÑIAGUA, Esperanza (coord.), *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (II)*, Ed. Laborum, Sevilla, 2014, p. 33.

<sup>45</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, ob. cit., p. 26.

<sup>46</sup> Estos se originan en tres cuestiones: a) la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, b) la competencia judicial y c) la ley aplicable en materia de seguridad social. Vid. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, “El teletrabajo y el derecho internacional privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional”, en SALA FRANCO, Tomás (coord.) – TODOLÍ SIGNES, Adrián – MARTÍN-POZUELO LOPEZ, Ángela, ob. cit., cap. VI, ps. 101-102.

regulación de las “prestaciones trasnacionales”, establece que, al contrato de trabajo respectivo, se aplicará la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable al trabajador. Para el supuesto de contratación de personas “extranjeras no residentes en el país”, la norma exige la autorización previa de la autoridad de aplicación y permite a los convenios colectivos la estipulación de un límite máximo de aquellas, pero sin establecer consecuencias por la eventual omisión.

2. En relación con el *elemento tecnológico o cualitativo*, es posible distinguir otras dos formas de teletrabajar<sup>47</sup>:

a) Teletrabajo *offline o desconectado*, que se da cuando el trabajador presta sus servicios sin que exista una conexión directa con el sistema o terminal informático de la empresa; y

b) Teletrabajo *online o conectado*, en el cual la prestación se cumple en conexión directa con el sistema informático de la empresa y, a través de este, se hace llegar el resultado.

Dentro de esta última modalidad (*online*), pueden distinguirse, a su vez, dos subtipos: a) el teletrabajo *en sentido único (one way line)* y b) el teletrabajo *interactivo (two way line)*. En el primero, la comunicación es unidireccional; la empresa recibe la tarea en forma inmediata y directa, sin poder ejercer un control directo y continuo sobre la prestación. En el segundo, el trabajador utiliza un equipo terminal incorporado a una red de comunicación que permite el contacto bidireccional trabajador-empresa, sobre un flujo constante de información que puede darse incluso en *tiempo real*. En este supuesto, el dependiente se encuentra sometido al “intenso poder de dirección del empleador” como si se encontrara trabajando en las instalaciones empresariales<sup>48</sup>.

## 5. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO, ANTES Y DESPUÉS DE LA COVID-19

La crisis sanitaria —no superada al tiempo de elaboración de este artículo— implicó un punto de inflexión en la ponderación jurídica, social y económica del teletrabajo. La multiplicación exponencial de esta modalidad de trabajar a distancia, en el contexto generalizado de medidas de aislamiento y restricciones a la circulación de la población, tuvo efectos en la legislación. El teletrabajo comenzó a ser visto como un camino sin regreso en la forma de organizar y ejecutar la prestación de servicios y fue, en definitiva, redescubierto —aunque no sin reservas<sup>49</sup>— como vector de flexibilidad y productividad laboral (en

<sup>47</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, “Una aproximación...”, ob. cit., ps. 24-25.

<sup>48</sup> Ibid., ps. 25-26, con cita de SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “Teletrabajo y poder de dirección: el control a distancia”, en AA.VV., Descentralización..., ob. cit., ps. 950-951.

<sup>49</sup> “Superado el escenario de la COVID-19, en una situación de normalidad, el teletrabajo aporta ventajas para las empresas como beneficios para los trabajadores; pero igualmente resulta

el sentido de economía de costos) y —en algunos países, como es el caso de España— como factor de estímulo para “el desarrollo de las tecnologías de la información”<sup>50</sup>.

Dada la relación estrecha del teletrabajo con las tecnologías de última generación, todos los ejemplos de regulación heterónoma de este modo de trabajar conforman un breve listado de legislaciones jóvenes; no obstante lo cual, en ese acotado muestrario de ordenamientos comparados se pueden encontrar alguna distinciones entre las normativas que regulan el teletrabajo desde tiempo anterior a la epidemia de COVID-19 y las aprobadas con posterioridad al surgimiento de la enfermedad global junto a otras respuestas jurídicas ensayadas por los estados para evitar o reducir las posibilidades de contagio<sup>51</sup>.

Con la excepción del Código del Trabajo de Portugal, en el cual la ley 7/2009, de 12 de febrero de ese año, había introducido una regulación integral del teletrabajo<sup>52</sup>, los regímenes de tiempo anterior a la pandemia, en su mayoría, bordean la figura al regular el trabajo a domicilio o el trabajo a distancia (v.gr., ley 3/2012, de 6 de julio, de España) o enfocan aspectos básicos y puntuales de esta forma de trabajar, tales como: la exigencia de formalización escrita del acuerdo de voluntades (Portugal, España y Reino Unido); los márgenes —apenas delineados— de la jornada de trabajo, en algunos casos, incluyendo la posibilidad de medirla por objetivos (ley 13.467/17 de Brasil); las limitaciones al poder de dirección destinadas a asegurar el derecho del trabajador a desligarse de los medios de comunicación con la empresa durante el tiempo de descanso (Código del Trabajo de Francia, reformado en 2016; ley italiana sobre *lavoro agile*, de 2017; ley orgánica de protección de datos personales, de España, 2018); y, en algún caso, la aptitud del espacio físico destinado al trabajo (características ergonómicas del mobiliario, ubicación del instrumental de trabajo, iluminación adecuada, etc.), como en la Ley de Condiciones de Trabajo de los Países Bajos (2018). Pero en todos los casos, la normativa heterónoma posee un carácter minimalista que deja librado el mayor contenido regulatorio a la negociación colectiva.

indiscutible que presenta perceptibles riesgos y posibles efectos negativos para la productividad y para la garantía de los derechos de los trabajadores...”. Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “De la emergencia a la permanencia”, El País, Madrid, 22/09/2020, disponible en <https://elpais.com/economia/2020-09-22/de-la-emergencia-a-la-permanencia.html> (consultado el 12/01/2021).

<sup>50</sup> SALA FRANCO, Tomás, “El real decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia”, SALA FRANCO, Tomás (coord.) – TODOLÍ SIGNES, Adrián – MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, ob. cit., cap. IX, p. 167, con reproducción de fragmentos de la exposición de motivos del real decreto-ley mencionado al comienzo de esta nota.

<sup>51</sup> He abordado esta problemática en “El Derecho del Trabajo de la emergencia sanitaria (Sobre la normativa adoptada en la Argentina con algunas referencias a ordenamientos comparados)”, próximo a publicarse en la Revista de Derecho Laboral Actualidad, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.

<sup>52</sup> Toda la subsección V del Libro I, tít. II, secc. IX.

También existe, al margen de estos ejemplos, un conjunto de países (Alemania, Suecia y la generalidad de estados escandinavos) en los que el teletrabajo carece de toda regulación heterónoma. En estos estados, desde época anterior a la crisis sanitaria, el fenómeno es regulado íntegramente mediante convenios colectivos o acuerdos individuales entre trabajador y empleador; aunque en Alemania esta situación parece estar destinada a modificarse dentro del curso de 2021<sup>53</sup>.

La masificación cuasiforzosa del teletrabajo a escala global, durante la crisis sanitaria, ofició como un vasto campo de pruebas que puso en relieve aspectos y problemas antes inadvertidos e hizo pensar —particularmente, en España y Argentina— en la necesidad de que la legislación tuviera un mayor alcance, en la Argentina, que incluyera nuevos institutos, en especial, nuevos derechos del trabajador y los correlativos nuevos límites a los poderes del empleador (reversibilidad, armonización del tiempo laboral con el personal y familiar, desconexión digital, protección de la privacidad, entre otros). La regulación positiva del teletrabajo se convirtió casi repentinamente en un problema demandante de solución imperiosa para la política jurídica laboral en países en los cuales dicha metodología de prestar tareas carecía de regulación, o la tenía, pero de una forma que, en la medida del incremento de su uso, fue desnudando su insuficiencia.

De tiempo anterior a la irrupción de la COVID-19, son: la mencionada ley 7/2009, de 12 de febrero, que modificó el Código del Trabajo de Portugal; la ley 1088, del 8 de agosto de 2016 (conocida como *Loi Travail*), que introdujo en el Código del Trabajo de Francia el reconocimiento expreso del derecho a la desconexión digital; la ley española 3/2012, de 6 de junio, “de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, que modificó el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores sustituyendo la regulación del “contrato de trabajo a domicilio” por la del “trabajo a distancia”; la ley holandesa de trabajo flexible, de 14 de abril de 2015; y la ley italiana 81, del 22 de mayo de 2017, sobre la que cabe hacer una salvedad. Esta ley viene a regular una forma de trabajar que no encaja con precisión en los límites conceptuales del teletrabajo. Su objeto de regulación es, más precisamente, el denominado *lavoro agile*<sup>54</sup>, modo ultraflexible

<sup>53</sup> Con la aparición del coronavirus SARS-CoV-2, el estado federal sancionó rápidamente un denominado “paquete de protección social”, que incluyó una reforma a la ley reguladora de la jornada de trabajo, y encaró la elaboración de un futuro régimen de teletrabajo, que debería aprobarse en el curso de 2021. Véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús – ARUFE VARELA, Alberto, “El impacto de la pandemia del coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana”, Derecho de las Relaciones Laborales, nro. 4, Madrid, 2020, ejemplar dedicado a: “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19”, ps. 518-519.

<sup>54</sup> Se ha dicho que, para comprender acabadamente la singularidad del trabajo agile, conforme ha sido definido en Italia por la negociación colectiva, se llevaron a cabo análisis del smart working en los acuerdos de empresa a la luz de la regulación convencional del teletrabajo, mediante los cuales se consideró demostrado que el modelo de trabajo agile parece haberse construido por contraposición a la figura del teletrabajo. La modalidad es así definida en virtud de criterios cuantitativos de la prestación desarrollada fuera de la empresa, funcionales al intento de evitar las rigideces y cargas que se cree que llevaron al fracaso del propio teletrabajo en ese país.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL TELETRABAJO Y LOS NUEVOS DERECHOS  
ESPECÍFICOS DEL TELETRABAJADOR  
HÉCTOR OMAR GARCÍA

de operar que, aunque guarda semejanzas con el teletrabajo, corresponde a la variante más amplia de trabajo a distancia conocida como *smart working*<sup>55</sup>. Incluyo en este conjunto a Bélgica, pese a que este país ha renovado su regulación del teletrabajo preexistente a la emergencia sanitaria, mediante la introducción de algunas medidas, como el establecimiento de una suma fija en compensación por los mayores gastos de los empleados por el trabajo en su domicilio<sup>56</sup>.

En el segundo grupo, compuesto por las legislaciones que regulan el teletrabajo desde una fecha posterior a la irrupción de la pandemia de COVID-19, hay que mencionar los dos regímenes aprobados en España destinados respectivamente a los sectores privado y público —el real decreto-ley (RDL) 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, y el RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas— y la muy reciente ley argentina 27.555, que conforma el ya mencionado régimen especial de regulación del teletrabajo en situación de dependencia o subordinación (RLCT).

Los *regímenes pospandemia*, de España y Argentina, se diferencian de los de vigencia anterior a la crisis sanitaria mundial en cuanto lucen una regulación integral del teletrabajo que, sin dejar de derivar algunos aspectos a la negociación colectiva, incorpora el tratamiento de nuevas problemáticas, tales como la necesidad de formación continua en la utilización intensiva de los instrumentos de comunicación electrónica; la cobertura o compensación de los gastos necesarios para la operatoria del teletrabajador (servicio de telefonía móvil, acceso a internet de banda ancha, adquisición de determinados programas o aplicaciones digitales, servicio de mantenimiento técnico de programas y equipos, etc.); una delimitación más rigurosa del tiempo de trabajo, en atención a los riesgos psicosociales que se atribuyen al aislamiento, la falta de desconexión digital del trabajador y la compatibilización de su prestación de servicios con tareas de cuidado en el hogar; la prohibición de discriminación entre personas de distinto

Conf. PITRONE, Graziella, “L’equilibrio tra vita e lavoro in Italia: nuove frontiere”, Revista de Estudios Económicos y Empresariales, nro. 31, 2019, p. 185.

<sup>55</sup> El Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales de Italia definió al smart working como “un modo de ejecución de la relación laboral subordinada que se caracteriza por la ausencia de limitaciones temporales o espaciales y por una organización por fases, ciclos y objetivos, establecidos por acuerdo entre empleado y empleador”. En palabras de la doctrina, smart worker es el asalariado que realiza el trabajo fuera de los locales de la empresa, aunque esto ocurra un solo día por semana, utilizando herramientas tecnológicas para trabajar de forma remota (ordenador portátil, celular inteligente, tableta) sin una ubicación fija en una oficina. Al igual que al teletrabajo, se atribuye al smart working la virtud de “ayudar al trabajador a conciliar los tiempos de vida y de trabajo mientras, al mismo tiempo, favorece el crecimiento de su productividad”. Vid. CHIARELLI, Marina, “Lo smart working ai tempi del coronavirus”, Diritto & Diritti, 2017, ISSN 1127-8579, ps. 1-5, disponible en <https://www.diritto.it/lo-smart-working-ai-tempi-del-coronavirus> (fecha de consulta: 06/01/2021).

<sup>56</sup> Véase “Cinco días”, El País Economía, 11/09/2020, disponible en [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/09/legal/1599676861\\_307312.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/09/legal/1599676861_307312.html) (consultado el 15/01/2021).

género y entre teletrabajadores y trabajadores presenciales; y los lineamientos para el ejercicio de los derechos de representación colectiva.

## 6. ALGUNOS RASGOS DESTACABLES DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL SOBRE EL TELETRABAJO

### 6.1. Crítica a la metodología legal

La ley 27.555, que —como se señaló en los aparts. II y V de este estudio— instituyó el RLCT, segmenta su contenido regulatorio y desprende de este la definición del contrato de teletrabajo para insertarla en el articulado de la LCT<sup>57</sup>, mientras por otro lado desarrolla la regulación restante en el propio RLCT. Con todo, tal bifurcación —a la que no es posible encontrar justificación— no conduce a conformar dos regímenes separados sino configura apenas dos dimensiones hipostasiadas de un régimen único destinado a regir el contrato de teletrabajo y la prestación de tareas bajo esta modalidad en condiciones de subordinación.

El art. 2º del RLCT introduce la definición del *contrato de teletrabajo* en el texto ordenado de la LCT, como art. 102 bis de esta, mientras que la regulación de los derechos, deberes y efectos del contrato, así como de la ejecución del teletrabajo, se desarrolla en los restantes artículos del propio régimen especial. La metodología adoptada por el legislador, además de enredada, es enigmática<sup>58</sup>: Por qué la nueva ley concibe, al menos desde su título, al teletrabajo excluyentemente como una modalidad de contrato<sup>59</sup> y por qué desagrega, de su articulado, la definición del *contrato de teletrabajo* para insertarla en el cuerpo del régimen laboral general, aislada de los aspectos que dan contenido a la propia figura contractual, son preguntas que no encuentran respuestas convincentes. Lo concreto es que su desdoblamiento genera solo interrogantes sin respuesta y dificultades para la lectura y la interpretación de la normativa que no encuentran contrapartida tangible en beneficios propedéuticos ni pragmáticos.

La regulación del teletrabajo adquiere una estructura compleja. Es notorio que el legislador construyó el concepto de *contrato de teletrabajo* a partir del molde proporcionado por la definición de contrato de trabajo plasmada en el art.

<sup>57</sup> Ley 20.744 con sus modificatorias, texto ordenado por dec. 390/1976.

<sup>58</sup> “Un método no solo desordenado, sino completamente apartado de la realidad en materia de regulaciones especiales en nuestro país, puesto que, de seguirse sus pasos, habría que trasladar a la LCT las definiciones de cada relación laboral especial”. Vid. CONFALONIERI (h), Juan Ángel, “El concepto...”, ob. cit., p. 781.

<sup>59</sup> Como explica Foglia, “las modalidades del contrato de trabajo no son (...) las modalidades del derecho civil, que importan una alteración de las consecuencias de los actos jurídicos como son la condición (arts. 343 a 349, Cód. Civ. y Com.), el plazo (arts. 350 a 353, Cód. Civ. y Com.) y el cargo (arts. 354 a 357, Cód. Civ. y Com.)”. Véase FOGGLIA, Ricardo A., “Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo”, LA LEY del 04/09/2020, p. 1.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL TELETRABAJO Y LOS NUEVOS DERECHOS  
ESPECÍFICOS DEL TELETRABAJADOR  
HÉCTOR OMAR GARCÍA

21, LCT y, así, aquel concepto fue intercalado en la ley laboral común, como art. 102 bis, por el propio RLCT. Por separado, el nuevo régimen desarrolla, en su propio articulado, al que se suma la reglamentación aprobada por dec. 27/2021, una disciplina integral del teletrabajo y, por último —generando un tercer pliego normativo—, mediante el art. 1º *in fine* RLCT y el párr. 2º del art. 102 bis, LCT, confía a la negociación colectiva la regulación complementaria atinente a los aspectos específicos que puede presentar el teletrabajo en las distintas actividades económicas<sup>60</sup>.

No obstante que el segundo párrafo del art. 102 bis, LCT —tal vez influido por la muy reciente legislación española<sup>61</sup>—, dice derivar los “presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo” a un régimen especial —que no es otro que el mismísimo RLCT—, el alcance de este régimen comprende con suficiente detalle la práctica totalidad de los aspectos e institutos que hacen al teletrabajo en tanto modalidad de prestación de tareas, es decir, no circumscribo de manera excluyente al supuesto de que el trabajo remoto sea el objeto del contrato. Esto surge inequívocamente del RLCT, cuyo art. 1º declara que la ley 27.555 tiene por objeto establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de “la modalidad de teletrabajo” en aquellas actividades que, por su naturaleza y particulares características, lo permitan.

Nuestra normativa sobre teletrabajo, al igual que la que lo regula en España (el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, sobre trabajo a distancia), se concentra en el trabajo asalariado y admite que las tareas remotas queden comprendidas por el alcance de la regulación especial aunque sean realizadas de manera parcial —pero no esporádica u ocasional<sup>62</sup>— mientras ello tenga lugar fuera de los locales o centros de trabajo del empleador y siempre, claro está, que en su ejecución se utilicen, de modo exclusivo o prevalente, las tecnologías de la información y la comunicación.

<sup>60</sup> Foglia califica a la ley 27.555 como “incompleta”, por cuanto “debe completarse con otra ley, un decreto reglamentario (anunciado), resoluciones administrativas y las convenciones colectivas de trabajo”. Ibid., p. 2 (el “anunciado” decreto reglamentario referido por el autor citado fue dictado el 15/01/2021, con el nro. 27/21, cuyo “anexo” contiene el reglamento del RLCT).

<sup>61</sup> El RDL 28/2020, de 22 de septiembre, sobre trabajo a distancia, en su art. 7º enumera doce materias con carácter de “contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos”.

<sup>62</sup> El art. 1º de la reglamentación aprobada por dec. 27/2021, precisa que “las disposiciones de la ley 27.555 no serán aplicables cuando la prestación laboral se lleve a cabo en los establecimientos, dependencias o sucursales de las y los clientes a quienes el empleador o la empleadora preste servicios de manera continuada o regular, o en los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional”. El art. 1º del mencionado RDL español se declara aplicable a las relaciones de trabajo que se desarrollen a distancia “con carácter regular” y aporta un dato cuantitativo para identificar el cumplimiento de tal condición. Entiende que tiene carácter regular “el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo”.

## 6.2. Nuevos derechos específicos del teletrabajador y deberes correlativos del empleador

### 6.2.1. Los presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo

Los *presupuestos legales mínimos* enunciados en la nueva normativa (arts. 1º, RLCT, y 102 bis, LCT) tienden a evitar que la puesta en ejecución del teletrabajo, en la normalidad recuperada, genere un impacto disruptivo en el *status quo* preexistente de las relaciones laborales, individuales y colectivas. Tanto es así, que en lo atinente a los aspectos comunes a todo contrato de trabajo, los umbrales mínimos de la regulación legal del teletrabajo —conforme se explica más abajo— se resumen en ratificaciones de la vigencia de los derechos y las obligaciones de las partes —*rectius*: de los derechos del teletrabajador y las obligaciones del empleador, además de los límites a los poderes organizativos y directivos de este— provenientes del ordenamiento laboral general, a modo de garantía de que continuarán aplicándose al teletrabajo, ya sea este visualizado como tipo de contrato, ya como forma de desempeño.

Los derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo perviven en la prestación del teletrabajo, en simetría con la situación de los trabajadores que cumplen tareas en forma presencial en la misma empresa. Pero las particularidades del teletrabajo, tan alejado del modelo de trabajo industrial, predominante al momento de sancionarse el *viejo régimen* de contrato de trabajo (ley 20.744, de 1974), llevan implícita una demanda de valor agregado en esencia y cuantía de derechos, que —no sin desprolijidades— intenta satisfacer el RLCT sumando facultades de acción específicas.

Examinar el método legal de reconocimiento y tutela de derechos al teletrabajador, requiere una distinción preliminar entre las dos dimensiones dogmáticas sobre las que opera, con distinta intensidad, el nuevo régimen: la de los derechos y deberes laborales específicos *tradicionales* —es decir, aquellos garantizados en el art. 14 bis de la CN y legislados en la LCT, los regímenes complementarios de esta y los estatutos profesionales— y, paralelamente, la de los *nuevos* derechos, asociados íntimamente con los elementos estructurales del teletrabajo: la deslocalización del trabajador y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Merced a esta vinculación con los factores espacial y cualitativo que poseen un valor estructural determinante en el teletrabajo, esos nuevos derechos pueden ser singularizados como propios o *específicos del teletrabajo* y —consecuencia derivable naturalmente de esta condición— a ellos les corresponde el papel *principal* en el nuevo régimen y en la respectiva forma de ejecutar tareas.

### *6.2.1.1. Goce de derechos tradicionales del trabajo dependiente*

Con respecto a los derechos tradicionales de los trabajadores en general, el RLCT asegura su goce al teletrabajador a través de dos vías, relacionadas con el origen, constitucional o legal, de aquellos. A saber:

1º) Cuando se trata de derechos constitucionales, o fundamentales, del trabajador, la nueva ley se limita a la reafirmación de los principios o reglas constitucionales que respectivamente los garantizan —v.gr.: igualdad de trato y de remuneración (art. 3º, RLCT); limitación de la jornada (art. 4º, RLCT); y libertad sindical en sus distintas manifestaciones (arts. 12 y 13, RLCT).

2º) Cuando se trata de derechos laborales comunes, derivados de las leyes aplicables al contrato de trabajo, el RLCT asegura su goce al teletrabajador mediante su inclusión expresa en el nuevo régimen. Esto ocurre, v.gr., con la provisión de elementos de trabajo (art. 9º, RLCT); la compensación de gastos en conectividad y otros servicios necesarios para el cumplimiento de su débito laboral (art. 10, RLCT); la capacitación en el uso de las innovaciones tecnológicas (art. 11, RLCT); y las condiciones de higiene y seguridad laboral con cobertura de riesgos del trabajo (art. 14, RLCT).

### *6.2.1.2. Goce de derechos específicos del teletrabajo*

Con respecto a los derechos nuevos —específicos y principales— del trabajador en el contrato o en la situación de teletrabajo, la novación objetiva en la prestación del trabajo determina un cambio subjetivo, esto es, referido a la persona que lo ejecuta; mejor dicho: el cambio en la modalidad de trabajo conlleva una modificación en términos de capacidad de derecho y de hecho del trabajador. La persona que desarrolla el teletrabajo recibe de la ley la titularidad de nuevos derechos subjetivos —precisamente aquellos con que se identifica la nueva forma de trabajar— acompañada de una garantía de eficacia inmediata, cifrada en la capacidad de ejercerlos de manera autosuficiente e incluso drástica. El RLCT no le confiere al teletrabajador el nudo enunciado de las facultades adicionales a las que la ley laboral común otorga a todo dependiente; le facilita su goce efectivo mediante la habilitación de ejercicio de manera unilateral —en ocasiones en forma directa y en otras, poniendo a su disposición una vía procesal sumarísima—, acompañada de prohibiciones e inhibiciones expresas de toda posible intervención obstructiva o coactiva del empleador.

Cabe mencionar, a modo de ejemplo de la afirmación precedente: el art. 5º, RLCT, que prohíbe al empleador exigir al trabajador la realización de tareas y remitirle comunicaciones fuera de la jornada laboral y, asimismo, aplicarle sanciones por el ejercicio del derecho de desconexión; el art. 6º del régimen legal, que presume *iuris et de iure* —conforme se explicará *infra*, en el sub punto VI.2.b.ii— el carácter discriminatorio, con las consecuencias previstas en la ley 23.592, de cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización del empleador que lesione el derecho de compatibilización del tiempo de trabajo

con tareas de cuidado; y el art. 8º, RLCT, en cuanto, ante la negativa del empleador a la reubicación del trabajador en su puesto presencial, otorga a este el derecho a optar entre considerarse en situación de despido o accionar judicialmente para el restablecimiento de las condiciones de trabajo anteriores.

#### 6.2.2. *Derechos específicos del teletrabajador*

Los derechos específicos y principales del trabajador, establecidos en la nueva regulación positiva, que a la vez identifican jurídicamente la prestación del teletrabajo, son cuatro: a) desconexión digital (arts. 4º, parr. 2º, y 5º, RLCT); b) compatibilización del horario de trabajo e interrupción de la jornada laboral con motivo del cumplimiento de tareas de cuidados de personas a cargo del trabajador, incluyendo la eventual interrupción (art. 6º, RLCT); c) *reversibilidad*, o reversión, al trabajo presencial (art. 8º, RLCT); y d) salvaguarda de dos derechos fundamentales inespecíficos: la intimidad personal y la privacidad del domicilio del trabajador frente a los sistemas de control —también electrónicos y ejercidos a distancia— del empleador (arts. 15 y 16, RLCT).

##### 6.2.2.1. *Desconexión digital*<sup>63</sup>

Con la denominación que le dio a comienzos de este siglo el profesor de la Universidad de París 1 Panteón-Sorbona, Jean-Emmanuel Ray<sup>64</sup>, el derecho a la desconexión digital dio un primer paso hacia la normativa autónoma de Francia el 19 de junio de 2013, con la celebración del Acuerdo Nacional Interconfederal (ANI) suscrito por grandes actores sociales del país, en el que se promovió “una gestión inteligente de las tecnologías de la información y de la comunicación al servicio de la competitividad de las empresas respetuosa de la vida privada de los asalariados, y el compromiso empresarial en la búsqueda de “conciliar la vida personal y la vida profesional mediante la institución de períodos de desconexión”. Tres años después, el derecho a la desconexión ingresó al Código del Trabajo francés por medio de la ley 1088, del 8 de agosto de 2016, conocida como *loi Travail e*, indistintamente, como “ley *El Khomri*”—apellido de quien fuera ministra de trabajo de la República Francesa al momento de enviarse el anteproyecto normativo al parlamento—. Esta ley, que tuvo entre sus objetivos principales y más novedosos la incorporación de medidas de adaptación del mercado de trabajo al entorno digital; se propuso tomar en consideración la

<sup>63</sup> He abordado con anterioridad el estudio de este instituto en el trabajo de mi autoría “Derecho a la desconexión digital: examen crítico de un derecho de generación 4.0 y su inserción en el contrato de trabajo y el convenio colectivo”, Derecho Laboral, Montevideo, t. XLII, nro. 273, enero-marzo 2019, ps. 1-34.

<sup>64</sup> RAY, Jean-Emmanuel, “Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle”, Droit social, 2002, p. 939, cit. por MOREL, Laëtitia, “Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l’effectivité du droit au repos à l’ère du numérique”, Labour & Law Issues, vol. 3, nro. 2, 2017 (ISSN: 2421-2695), p. 4.

mutación acaecida en las formas de trabajar y los problemas que pueden derivar de ella para reconocerles a los trabajadores el goce de un “derecho a la desconexión”<sup>65</sup>. La nueva ley no proveyó una definición del derecho en cuestión sino se limitó a enunciarlo y reenvió la determinación de su contenido a la negociación colectiva de empresa o, en defecto de esta, al empleador, que, a diferencia de la reciente regulación argentina, adquirió en el país de origen del derecho, por vía legal, “una preponderancia estratégica notable en la determinación de las particularidades del ejercicio”<sup>66</sup>.

El derecho a la desconexión obtuvo reconocimiento, dos años más tarde, en la legislación española. La ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. El art. 88 de esta ley condiciona la puesta en práctica del derecho a la existencia de una política de empresa, elaborada previa consulta (audiencia) a los representantes de los trabajadores, en la que se definan “las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal”. El contenido de esta norma fue prácticamente reproducido en su integridad por el art. 18 RDL 38/2020, que agrega solo un último párrafo relativo a la ejercitación del derecho a la desconexión en ocasión del trabajo a distancia, que autoriza a los convenios colectivos a “establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho” y “la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”.

El nuevo régimen que regula el teletrabajo en la Argentina, asegura al teletrabajador el derecho a no recibir comunicaciones y, eventualmente, a desatenderlas y desligarse de sus dispositivos y medios de comunicación telemáticos (teléfonos, computadora personal, *e-mail*, mensajería instantánea, etc.) fuera de su jornada laboral y durante los períodos de descanso y licencias. El art. 5º, RLCT, inaugura, en el ordenamiento jurídico argentino, la plasmación normativa del derecho a la desconexión en beneficio de la persona que presta el teletrabajo. A diferencia de los regímenes europeos, la ley 17.555 asegura por sí misma el ejercicio del derecho estableciendo, como contrapartida, una radical inhibición a los poderes de dirección y disciplinario del empleador: el primer párrafo, *in fine*, del artículo citado afirma de manera taxativa que el teletrabajador “no podrá ser sancionado por hacer uso de este derecho”; y el párrafo final del mismo art. 5º, RLCT, veda al principal toda posibilidad de exigir al dependiente la realización de tareas y la remisión de comunicaciones, por cualquier medio, fuera de la jornada laboral.

<sup>65</sup> CIALTI, Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece?”, Temas Laborales, nro. 137/2017, Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria, p. 165.

<sup>66</sup> ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la ‘Loi Travail nro. 2016-1088’”, Trabajo y Derecho, nro. 30, junio 2017, Madrid, p. 28.

La única vía de escape al cerrojo normativo impuesto por la ley para evitar el exceso de exposición del trabajador a los medios electrónicos de comunicación y los eventuales abusos del empleador sobre el tiempo de descanso de aquél, llega de la mano de la reglamentación, que introduce dos razonables hipótesis de excepción, cada una con su respectiva diferencia en cuanto a sus efectos. Esas excepciones se ciñen a los supuestos de teletrabajo transnacional y de existencia de una *indispensable razón objetiva*. El art 5º del reglamento aprobado por el dec. 27/2021 admite, en caso de que “la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios” o cuando “resulte indispensable por alguna razón objetiva”, que el empleador remita comunicaciones al trabajador “fuera de la jornada laboral” de este. Aun así, la excepción es meramente parcial en el supuesto de teletrabajo transnacional, por cuanto “la persona que trabaja no estará obligada a responder hasta el inicio de su jornada”<sup>67</sup>. En cambio, el supuesto de existencia de una razón objetiva susceptible de requerir la atención indispensable del trabajador a las comunicaciones del empleador es subsumido, por el reglamento, en los extremos de caso fortuito o fuerza mayor legislados en el art. 203, LCT, que hacen exigible la prestación excepcional de servicios en horas suplementarias<sup>68</sup>.

El art. 4º, RLCT enmarca el ejercicio del derecho a la desconexión, en la medida en que contiene pautas reguladoras de la jornada laboral en el teletrabajo. El párr. 1º de la norma indica que esta debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo, sin evitar el pleonasio de subrayar el insoslayable respeto del acuerdo individual a los límites legales y convencionales vigentes. Lo relevante de este segmento del artículo reside en la incorporación de la novedad de permitir a las partes del contrato el convenir la medición de la jornada no solo por horas sino también por objetivos. El párr. 2º del mismo artículo legal agrega la exigencia —relevante para la eficacia del goce del derecho— de que el *software* utilizado por el empleador a los fines específicos del teletrabajo (que debe ser sometido a registro y autorización de la autoridad de aplicación laboral, por disposición del art. 18, RLCT) impida la conexión fuera de la jornada.

<sup>67</sup> Art. 5º del reglamento aprobado por dec. 27/2021: “Cuando la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios o en aquellos casos en que resulte indispensable por alguna razón objetiva, se admitirá la remisión de comunicaciones fuera de la jornada laboral. En todos los supuestos, la persona que trabaja no estará obligada a responder hasta el inicio de su jornada, salvo que concurran los supuestos contenidos en el art. 203 de la ley 20.744 (t.o. 1976)”.

<sup>68</sup> “Art. 203.— Obligación de prestar servicios en horas suplementarias. El trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa, juzgado su comportamiento en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la misma”.

### 6.2.2.2. Compatibilización de horarios de trabajo e interrupción de la jornada en función del cumplimiento de tareas de cuidado

El art. 6º, RLCT beneficia al teletrabajador que acredite “tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece [13] años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan [con él] y requieran asistencia específica” concediéndole el derecho a gozar de horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y —en determinadas situaciones que la ley no precisa— “a interrumpir la jornada”.

El supuesto de hecho que genera el derecho a la compatibilización horaria se configura cuando el teletrabajador debe brindar asistencia a una o más personas a su cargo, de manera única o compartida, que reúnan alguna de las tres condiciones que prevé la ley: i) menores de 13 años de edad; ii) personas con discapacidad; y iii) adultos “mayores”.

De los tres supuestos, el primero no presenta problemas a la interpretación. El segundo requiere reflexionar, en primer término, que razonablemente involucra a personas que necesitan asistencia por carecer de autonomía a causa del padecimiento de alguna discapacidad. Debe tenerse presente asimismo que, de acuerdo con el art. 1º, *in fine*, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad <sup>69</sup>, la referencia a “personas con discapacidad” comprende a “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El tercer supuesto también demanda precisiones que tornen su inteligencia inequívoca, en cuanto al alcance del concepto de “adulto mayor”. Su significado se encuentra precisado en el art. 2º de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de las Personas Mayores <sup>70</sup>, que define como “persona mayor” a “aquella de sesenta años o más, salvo que la ley interna determine una edad de base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los sesenta y cinco años”. La norma aclara adicionalmente que el concepto “incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”.

Todas las personas mencionadas en el art. 6º, RLCT, deben convivir con el teletrabajador.

El segundo y último párrafo del artículo en exégesis asegura el ejercicio del derecho a la compatibilización horaria mediante la presunción de que

<sup>69</sup> Adoptada, con su protocolo facultativo, por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 13/12/2006. Ambos instrumentos fueron aprobados por el Congreso mediante la ley 26.378, promulgada el 06/06/2008, y ratificados por el Poder Ejecutivo el 02/09/2008. A la convención le fue otorgada la jerarquía constitucional (conf. art. 75.22 de la CN) por la ley 27.044, sancionada el 19/11/2014.

<sup>70</sup> Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 15/06/2015. Aprobada por el Congreso Nacional mediante la ley 27.360 (BO 31/05/2017). Instrumento de ratificación depositado el 23/10/2017.

“[c]ualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la ley 23.592”. El carácter de la presunción no puede ser otro que el de *iuris et de iure*, dado que no importa la acreditación de la intención del empleador sino la remoción del obstáculo que se opone al ejercicio del derecho, lo que hace irrelevante la acreditación de tal extremo.

La inclusión del derecho a la compatibilización horaria en el RLCT representa un intento de acercamiento de la ley a los postulados del Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por la Argentina en marzo de 1988. El art. 3º de esta norma internacional con jerarquía supralegal, tras enarbolar el objetivo de “crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras”, obliga al Estado a “permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”. El art. 8º del convenio completa la protección de la compatibilización entre desempeño laboral y atención familiar mediante una cláusula que deslinda la responsabilidad familiar de la justificación del despido: “La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”.

Sin perjuicio de la indudable atención que merecen de las personas necesitadas de cuidado y del anclaje de los derechos de estas y de los de los trabajadores a su cargo en fuentes de la mayor jerarquía que postulan la armonización del tiempo de trabajo con el dedicado a esas tareas, es atendible la observación de Foglia en cuanto objeta la falta de una razón objetiva que justifique la posibilidad de adecuar o interrumpir la jornada solo cuando se trata de un teletrabajador, no así cuando la persona que trabaja tiene un trabajo presencial <sup>71</sup>. Si bien el régimen legal del teletrabajo fue diseñado para comenzar a regir luego de superado el confinamiento obligatorio originado en la consabida pandemia, parecería que el legislador se encontró enteramente influido por la situación de permanencia forzada en el domicilio de todos los integrantes del hogar familiar, sin columbrar la recuperación de la normalidad social.

Por otra parte, el enunciado legal de la facultad de *interrumpir* la jornada laboral por causa del cumplimiento de tareas de cuidado, adolece de un excesivo laconismo. El art. 6º, RLCT, debió haber dejado en claro el carácter excepcional de dicha autorización legal y las condiciones para su ejercicio; omisiones a las que la reglamentación intentó subsanar, aunque en cierta medida y dentro de los márgenes de su competencia, pero ese intento estaba destinado al fracaso desde que la norma reglamentaria incurre en una interpretación defectuosa del artículo del RLCT que pretende reglamentar.

<sup>71</sup> FOGLIA, Ricardo A., “Algunas consideraciones...”, ob. cit., p. 3.

El art. 6º del reglamento anexo al dec. 27/2021 impone al trabajador que deba ejercitar el derecho a interrumpir su jornada de trabajo en razón del cumplimiento de tareas de cuidado, un deber de comunicar al empleador, en forma virtual y precisa, los momentos de comienzo y finalización de la inactividad laboral. La norma reglamentaria agrega que, en los casos en que las tareas de cuidado no permitan el cumplimiento de la jornada de trabajo, legal o convencional, las partes del contrato de trabajo “podrán acordar” la reducción de esta de acuerdo con las condiciones que se establezcan mediante la negociación colectiva. Esta cláusula marca el comienzo de la confusión que evidencia el reglamento.

El intento de subsanar el déficit de la norma legal por parte del poder reglamentario resulta fallido o, peor aún, profundiza las dificultades interpretativas que surgen del art. 6º, RLCT, para el ejercicio del derecho en cuestión. El dispositivo reglamentario yerra en su intento porque confunde los presupuestos de hecho que prevé el mencionado artículo del RLCT. Esta norma —aun con su defectuosa redacción— demuestra contemplar dos situaciones distintas: 1) la estipulación de horarios de trabajo compatibles con la atención de tareas de cuidado a cargo del teletrabajador y 2) la “interrupción” de la jornada laboral, también fundada en la necesidad de atender las tareas de cuidado a su cargo. Este último supuesto, a diferencia del anterior, no requiere ni admite “compatibilización” horaria en tanto implica una hipótesis de corte abrupto y definitivo del trabajo en el ciclo diario, que no puede originarse en la normalidad o cotidianidad de las tareas de cuidado sino tener su causa en una contingencia excepcional o extraordinaria, suscitada en dicho quehacer extralaboral. Conforme da cuenta el *Diccionario* de la Real Academia Española, “interrumpir” significa “cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo”<sup>72</sup>. Es evidente que la reglamentación ha pasado por alto la apuntada diferencia y, sobre todo, que no ha reparado en que este supuesto forzosamente ha de tener un carácter extraordinario, encuadrable en la fenomenología comprendida por el concepto de caso fortuito o fuerza mayor que consigna el art. 1730 del Cód. Civ. y Com.<sup>73</sup>. Ello hace imposible prever un tiempo determinado para dedicar a las tareas de cuidado con el objeto de establecerlo como “pauta específica” para el ejercicio del derecho mediante la negociación colectiva.

El derecho del teletrabajador a la compatibilización del tiempo de trabajo, inseparable del derecho fundamental de las personas necesitadas del cuidado, a su vez —como se ha visto— enmarcado en normas de jerarquía constitucional y supralegal, requiere de posibilidades para ser ejercido en forma flexible, apro-

<sup>72</sup> Diccionario de la Real Academia Española, Edición del Tricentenario, actualización 2020, disponible en <https://dle.rae.es/interrumpir> (consultado el 14/04/2021).

<sup>73</sup> Art. 1730, Cód. Civ. y Com.: “Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este código emplea los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos”.

vechando la ductilidad reconocida al teletrabajo como una de sus ventajas, que se acentúa cuando el tipo de teletrabajo es de *sentido único* o escasamente interactivo (véase apart. IV del presente artículo). Ello es posible, sobre todo hoy en día, cuando se ha difuminado y relativizado notablemente hasta la distinción “clásica” que trazaba una frontera entre el tiempo de trabajo y el *tiempo libre*, desde que no pocos trabajadores desarrollan, a través de los escenarios digitales, interacciones sociales no profesionales durante el tiempo de trabajo, así como tareas profesionales durante su *tiempo libre*<sup>74</sup>. Con mayor justificación, esa alternancia o combinación puede darse entre actividad laboral y tareas de cuidado, siempre que no se degrade la calidad de la prestación de servicios del teletrabajador, más aún cuando la jornada laboral se estipula en función de objetivos.

La naturaleza misma del teletrabajo, de la que se resaltan como ventajas sus atributos de flexibilidad horaria y autonomía<sup>75</sup>, lo hace idóneo para la requerida compatibilización temporal entre el trabajo y la dedicación al cuidado de personas que cohabitán con el teletrabajador. Dicho con palabras de una autora que demuestra sobrada versación en el tema que concita nuestra atención, sería aplicable la denominada “regla general” por la cual este gestiona su propio tiempo de trabajo, salvo existencia de pacto en contrario. Las maneras de computar la jornada admiten graduaciones, relacionadas en muchos casos con la modalidad del teletrabajo y la intensidad de la interactividad pactadas<sup>76</sup>.

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo precedente y a diferencia del derecho a la *interrupción* de la jornada, la compatibilización horaria es susceptible de una organización y distribución de tiempo tales que permitan cumplir con el doble débito, laboral y moral, y su inclusión en un convenio colectivo, particularmente el concertado para el ámbito de la empresa.

Antes de finalizar con el examen del art. 6º, RLCT, no debemos pasar por alto que el artículo que lo reglamenta, en su párrafo final, bosqueja un paliativo a la problemática adicional que puede aparejar el teletrabajo sobre la cuestión de género. El Poder Ejecutivo, aparentemente consciente de que la bienintencionada tendencia hacia la *conciliación de la vida laboral con la familiar y social* que se acostumbra ponderar como una ventaja del trabajo remoto conlleva, cuando este se presta desde el domicilio, una contrapartida amenazante para la mujer, usualmente constreñida por atavismos todavía arraigados en la sociedad a desarrollar un trabajo “dblemente doméstico”<sup>77</sup>. La medida tendiente a contrarrestarla dispuesta por la norma reglamentaria consiste en la imposición de un deber cuyo cumplimiento es de muy improbable control; incluso la propia

<sup>74</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales”, Temas Laborales, nro. 151, 2020, p. 279.

<sup>75</sup> MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, “Una aproximación...”, ob. cit., p. 32.

<sup>76</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “Buenas y/o malas...”, ob. cit., p. 36.

<sup>77</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, en AA.VV., Descentralización..., ob. cit., ps. 761-871, cit. por MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, “Una aproximación...”, ob. cit., p. 34.

exigibilidad del deber se encuentra en duda a raíz de su vacilante formulación literal.

El precepto enuncia que “los empleadores y las empleadoras y los trabajadores y las trabajadoras”, por igual, “deberán velar” por un “uso equitativo, en términos de género”, de las medidas dispuestas en el mismo artículo, “promoviendo la participación de los varones en las tareas de cuidado”. El término *velar* remite a acciones tales como custodiar, cuidar, observar con atención o procurar alguna cosa o un resultado, es decir, que su significado difiere claramente del sentido obligatorio propio del operador deónico *deber*. Lejos de ello, su inclusión convierte la asociación entre ambos verbos en un oxímoron. En todo caso, esta podría ser una de las materias objeto de “pautas específicas para el ejercicio del derecho” a abordarse desde la negociación colectiva que propone el art. 6º, RLCT, en su último párrafo —claramente desprovisto de imperatividad—, para lo que luce más recomendable el nivel de empresa.

#### 6.2.2.3. Facultad de reversión (*reversibilidad*) al trabajo presencial

El art. 8º, RLCT, permite al trabajador revocar el consentimiento oportunamente prestado para pasar del trabajo en el establecimiento a la modalidad de teletrabajo. La norma no establece plazo de caducidad para el ejercicio del “derecho a la relocalización”<sup>78</sup>; solo enuncia la admisibilidad de la revocación “en cualquier momento de la relación”. Sin duda, habría sido conveniente que la ley hubiera establecido —como recomienda Foglia— un plazo de preaviso a fin de que el empleador dispusiera de un tiempo mínimo para reorganizar el trabajo posterior a la reubicación del empleado<sup>79</sup>.

Una vez revocado el consentimiento del trabajador, el empleador se encuentra obligado por la misma norma del RLCT a otorgarle tareas a aquel en términos del art. 78, LCT. La reubicación debe tener lugar, preferentemente, en el mismo establecimiento en que el trabajador se desempeñaba con anterioridad a su deslocalización o, en su defecto, en el lugar de trabajo más cercano posible al domicilio del dependiente. La ley contempla una excepción, exculpatoria del empresario, cifrada en motivos fundados que demuestren la imposibilidad de dar cumplimiento a esta obligación. De no existir tal eximente, la negativa de la empresa a dar ocupación en el establecimiento, otorga derecho al trabajador a optar entre considerarse en situación de despido o accionar judicialmente por el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas.

La reglamentación del art. 8º, RLCT, luego de declamar —innecesariamente y con cierta extralimitación de su competencia, aunque resulta inocua— la sujeción del derecho del trabajador a la *reversibilidad*, y de la obligación

<sup>78</sup> Así lo menciona Confalonieri (h), para quien la deslocalización es inherente al concepto de teletrabajo. Vid. CONFALONIERI, Juan Ángel (h), “El concepto...”, ob. cit., ps. 783 y 785.

<sup>79</sup> FOGLIA, Ricardo, A., “Algunas consideraciones...”, ob. cit., p. 3.

resultante del empleador, a los deberes de buena fe, interpretación cabal de los términos del contrato, la ley y las convenciones colectivas y ejercicio no abusivo de los derechos (impuestos en los arts. 9º y 10, Cód. Civ. y Com., y 62 y 63, LCT), aporta algunas reglas para el cumplimiento del deber del empleador de otorgar tareas presenciales al trabajador que hubiera revocado su consentimiento para pasar a prestar servicios en la modalidad de teletrabajo. Según el art. 8º del reglamento, basta la invocación de una motivación razonable y sobreviniente, para obligar al empleador a cumplir su obligación “en el menor plazo que permita la situación del o de los establecimientos al momento del pedido”, limitando la extensión de este plazo al término máximo de treinta [30] días. La misma norma reglamentaria introduce un elemento de juicio sobre la existencia o no de imposibilidad de cumplir con esta obligación, que —como se expresó en el párrafo precedente— exime de responsabilidad al empleador: señala que, a tal efecto, “se tendrá especialmente en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se dispuso el cambio de la modalidad presencial hacia la modalidad de teletrabajo”. La falta de precisiones en cuanto al tiempo transcurrido es demostrativa de que la evaluación de marras es de exclusiva incumbencia judicial.

La acción judicial puesta a disposición del trabajador por el art. 8º del nuevo régimen legal, como alternativa al despido indirecto en caso de incumplimiento de la reubicación debida por el empleador, es idéntica a la prevista en el segundo párrafo del art. 66, LCT, modificado por la ley 26.088, aunque los supuestos de hecho regulados por uno y otro régimen son diferentes. En este artículo del ordenamiento laboral general, la acción sumarísima procura el restablecimiento de condiciones alteradas unilateralmente por el empleador en exceso de los límites impuestos por la ley al ejercicio del *ius variandi*. El art. 8º, RLCT, a la inversa, pertrecha al dependiente con el utilaje procesal más eficiente disponible para asegurar su regreso forzado a las condiciones de trabajo anteriores a su deslocalización consentida para desempeñar el teletrabajo, es decir, a costa de quebrar el entendimiento sinalagmático en el que él mismo hubo participado.

En apariencia, la ley da por sentada la existencia de vicios en la voluntad expresada por el trabajador al momento de acordar aquel cambio de condiciones en la prestación de tareas. La acción sumarísima, en sus efectos jurídico-prácticos, asegura la eficacia de la facultad de arrepentimiento que la ley otorga expresamente al trabajador, y más aún, comporta asimismo la concesión a este de un período de prueba indefinido para probar suerte con el teletrabajo, teniendo certeza del retorno asegurado a su situación anterior en caso de que la experiencia le resulte insatisfactoria o lo enfrente a vicisitudes no previstas que deparen inconveniencias para su vida extralaboral.

Tal vez el legislador haya concebido este reaseguro en la pura vocación de cumplir, no sin exorbitado celo, el mandato constitucional de proteger al trabajador, o quizás lo incluyó en el RLCT con la aspiración de que la garantía de

indemnidad plena al trabajador que acuerda prestar tareas mediante el teletrabajo, oficie como factor de estímulo indirecto a esta modalidad de trabajar, para lo cual consideró suficiente seducir al trabajador, desinteresándose consecuentemente por los efectos que tal medida puede generar entre los dadores de empleo.

El tratamiento legal es distinto cuando la modalidad de teletrabajo es acordada al inicio de la relación. Para tales casos, el RLCT somete el eventual cambio —ya no reversión— a la modalidad presencial a las pautas que se establezcan en la negociación colectiva. La reglamentación del artículo legal aclara que los trabajadores que hubiesen pactado la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral no pueden revocar su consentimiento ni invocar —la norma dice erróneamente “ejercer”— un derecho a que se les otorguen tareas presenciales, dejando a salvo que dispongan los convenios colectivos de trabajo o los contratos individuales.

#### 6.2.2.4. *Intimidad personal y privacidad del domicilio*

Así como la gran —y justificada— difusión que tuvo la obra de Manuel Castells impuso la denominación *Era de la información* al período abarcado por el último decenio del siglo XX y el primero del que transcurre, en tiempos actuales gana espacio la fórmula *capitalismo de vigilancia*<sup>80</sup> para aludir a la etapa dominada, no ya por las tecnologías de la información y la comunicación en sentido genérico sino, más específicamente, por los sistemas informáticos de recopilación y procesamiento de grandes volúmenes de información (*big data*)<sup>81</sup>, basados en algoritmos que permiten predecir el comportamiento de las personas (*data mining*) y pueden utilizar esa información para múltiples fines, desde estimular la propensión al consumo de estas hasta someterlas a determinadas formas de control.

A este contexto no puede ser ajeno el mundo del trabajo, por decirlo con fraseología de la OIT. El trabajo ejecutado por medios informáticos conectados en red conforma un *espacio de trabajo virtual* que es objeto de un control invi-

<sup>80</sup> Extraída de la obra de ZUBOFF, Shoshana, “The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power”, Public Affairs, New York, 2019 (edición en español: “La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder”, trad. de Albino Santos, Estado y sociedad, Ed. Paidós, Barcelona, 2020).

<sup>81</sup> El término big data, o “macrodatos”, hace referencia “al conjunto de tecnologías, algoritmos y sistemas empleados para recolectar datos a una escala y variedad no alcanzada hasta ahora y a la extracción de información de valor mediante sistemas analíticos avanzados soportados por computación en paralelo”, que implica el desafío de “capturar, almacenar, buscar, compartir y agregar valor a los datos poco utilizados o inaccesibles hasta la fecha”. Vid. SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 6, nro. 1, enero-marzo de ADAPT, University Press, 2018, p. 240.

sible, que obviamente puede ser ejercido por el empresario<sup>82</sup>. Las innovaciones tecnológicas prolongan los poderes de dirección y control del empleador hasta un punto en que le permiten introducirse en la esfera personal del trabajador, no comprometida con el trabajo<sup>83</sup>. Tal fiscalización puede ser ejercida a distancia, ya sea de manera expuesta, ya oculta, lo cual denota la necesidad de imponer limitaciones, destinadas a proteger los derechos del subordinado.

Los derechos que entran en conflicto con el poder de dirección y control del empleador, ejercido a distancia, son aquellos de carácter fundamental inespecífico, especialmente los que hacen a la privacidad<sup>84</sup> de la persona que trabaja, más precisamente dicho, los denominados “derechos fundamentales de privacidad de los trabajadores en el trabajo”<sup>85</sup>—v.gr., la preservación de los datos de carácter personal (relativos a la salud, la sexualidad, la ideología, etc.)<sup>86</sup>, la ubicación y desplazamientos, los hábitos, los vínculos familiares y sociales y el secreto de las comunicaciones—; la libertad de expresión y la inviolabilidad del domicilio, que al ser *laboralizados* por el RLCT han pasado a ser derechos *específicos del teletrabajador*.

El RLCT, en su art. 15, intenta regular esa relación conflictiva entre el poder de organización y dirección del principal y los derechos personalísimos a “la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio”. La norma legal hace explícito el objetivo de salvaguardar estos derechos comprometiendo al empresario a organizar los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de su propiedad contando con la participación de la organización sindical.

<sup>82</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “Buenas y/o malas...”, ob. cit., p. 39.

<sup>83</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Nuevas tecnologías y control del empresario”, Revista Chilena de Derecho Informático, nro. 7, 2005, p. 29.

<sup>84</sup> El origen del derecho a la privacidad se atribuye a un artículo de los juristas norteamericanos Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D. publicado en 1890 en la Harvard Law Review (vol. 4, nro. 5, 193-220). Allí, estos autores argumentan que la protección que el derecho asigna a las personas y a su propiedad debe concretarse de manera distinta en cada momento histórico y, con su atención puesta en el caso que entonces generaba inquietud (la posibilidad de tomar fotografías instantáneas y la multiplicación de las posibilidades de propagación de la información), entendieron que los cambios tecnológicos y económicos exigían la configuración de un nuevo derecho, el “derecho a la privacidad”. Cfr. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ob. cit., ps. 276-277.

<sup>85</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia – ÁNGEL QUIROGA, Macarena, “Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de los trabajadores a través de GPS del vehículo de empresa. Despido procedente”, Revista de Jurisprudencia Laboral, nro. 9/2020, ps. 4-5.

<sup>86</sup> La ley 25.326 de Protección de Datos Personales identifica, en una minuciosa lista, la información personal sujeta a protección, que distribuye en tres categorías: a) “Datos personales: Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”; b) “Datos sensibles: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”; c) “Datos informatizados: Los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado”.

La interpretación de la referencia del art. 15, RLCT a la “participación sindical” requiere la lectura conjunta del art. 13 de la misma ley, en cuanto prescribe que la representación sindical de la persona que se desempeña bajo la modalidad de teletrabajo “será ejercida por la asociación sindical de la actividad” en que aquella presta servicios. La mención a “la asociación sindical”—en singular— de “la actividad” da por sentada la concurrencia de dos condiciones de hecho: 1<sup>a</sup>) que a todo el personal de la empresa se encuentra representado por un único sindicato; y 2<sup>a</sup>) que ese sindicato es de tipo *vertical* o de rama de actividad. De tal manera, la norma descarta implícitamente la hipótesis de que el teletrabajador sea representado por un sindicato de “oficio, profesión o categoría” [conf. art. 10, inc. b), RLCT], pese a que ello resulta harto probable dado el modo de trabajar concernido.

La reglamentación adiciona pautas sobre esa participación: ordena la realización de “*auditorías conjuntas*” a cargo de una suerte de comisiones técnicas paritarias —integradas por técnicos designados respectivamente por el empleador y la asociación sindical—, en las que se deberá garantizar “la confidencialidad de los procesos y datos”, limitándose a preservar los derechos establecidos en beneficio de las personas que prestan tareas por medios telemáticos a distancia.

El art. 16, RLCT —del que no se ocupa la reglamentación— adiciona otra obligación empresarial vinculada al poder de contralor: la de adoptar “las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere a *software*”, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador con fines profesionales. La imprecisión que depara la vaga referencia a “las medidas que correspondan” en materia de *software* se despeja en buena parte mediante la prohibición “de hacer uso de software de vigilancia que viole la intimidad” de la persona que teletrabaja.

La información personal del trabajador cuenta además con la protección complementaria, de carácter inespecífico, que proporciona la ley 25.326 de Protección de Datos Personales. Este régimen tiene por objeto “la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional”.

## 7. LA LEY 27.555 EN PERSPECTIVA

Aquí finaliza el intento, asaz modesto, de aproximar al lector en el conocimiento del nuevo régimen laboral destinado a regular el contrato y la práctica del teletrabajo a partir del proceso de recuperación de la normalidad social y productiva que deberá suceder a la emergencia sanitaria. Hemos procurado al-

canzar ese objetivo inductivamente, desde la puesta en relieve de los institutos novedosos que contiene la nueva regulación, cifrados en derechos del trabajador —algunos de ellos, inexistentes hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico; otros, desconocidos en su reformulación adaptada al particular condicionante que implica el elemento tecnológico, decisivo hasta en la propia definición jurídica del trabajo remoto— y los condignos límites a los poderes de dirección y control del empleador, necesarios estos para asegurar la eficacia de aquellos.

El devenir de las relaciones laborales y económicas permitirá evaluar, más que el acierto o no de las impugnaciones que el nuevo régimen ha suscitado en la doctrina, los efectos que la reciente legislación provocará sobre los contratos y el mercado de trabajo, en un país con acentuado déficit de desarrollo y un sistema de producción de bienes y servicios menesteroso de transformaciones profundas, algunas de las cuales están fuera de su alcance en el futuro cercano. Queda además por ver qué papel desempeñará la negociación colectiva, con las alas recortadas por el nuevo régimen en comparación con el generoso campo de acción que le conceden otras legislaciones; si será coadyuvante del éxito o del fracaso del legislador en la búsqueda de la necesaria adaptación a la realidad, que cambia con aceleración creciente al influjo de las innovaciones tecnológicas.

Queda también entre signos de interrogación la eficiencia del nuevo régimen ante el vaticinio de la OIT, que augura un crecimiento significativo de las tasas de teletrabajo en relación con los niveles previos al surgimiento de la pandemia, con la consecuente consolidación de una nueva forma de vida y trabajo, a su vez demandante de nuevos comportamientos y nuevas normas, anticipando la hipótesis de un formato híbrido de teletrabajo con posibilidad de utilizar el establecimiento o la sede de la empresa en condiciones controladas basadas en el distanciamiento físico <sup>87</sup>.

La norma tiene más defectos que virtudes, que —obviamente— no han podido ser subsanados por la reglamentación. Con todo, abriga una esperanza: la sanción del nuevo régimen con vigencia diferida hacia la finalización presunta de la crisis sanitaria no deja de ser un paso —tal vez el primero— que el legislador laboral argentino da hacia el porvenir.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRUNHOSA E SOUZA, Duarte, “O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nro. 6, diciembre 2016, ps. 1-18.

AGUILERA, Anne - LETHIAIS, Virginie - RALLET, Alain - PROULHAC, Laurent, “Le télétravail, un objet sans désir?”, *Revue d'Économie Régio-*

<sup>87</sup> OIT, “El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020, ps. 26-27.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL TELETRABAJO Y LOS NUEVOS DERECHOS  
ESPECÍFICOS DEL TELETRABAJADOR  
HÉCTOR OMAR GARCÍA

- nale & Urbaine*, 2016/1 (Février), ps. 245-266, disponible en <https://www.cairn.info/revue-d-economie-regionale-et-urbaine-2016-1-page-245.htm> (consultado el 07/01/2021).
- ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la ‘*Loi Travail*’ nro. 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, nro. 30, junio 2017, Madrid, ps. 12-33.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales”, *Temas Laborales*, nro. 151, 2020, ps. 275-292.
- BIRGIN, Oscar - FREIDENBERG, Lelio, “Una nueva forma de trabajar: el teletrabajo”, en GARCÍA VIOR, Andrea (coord.), *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral, Colección Temas de Derecho Laboral*, nro. 2, Errepar, Buenos Aires, 2009, ps. 43-68.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia - ÁNGEL QUIROGA, Macarena, “Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de los trabajadores a través de GPS del vehículo de empresa. Despido procedente”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nro. 9/2020, ps. 1-13.
- CHIARELLI, Marina, “Lo smart working ai tempi del coronavirus”, *Diritto & Diritti*, 2017, ISSN 1127-8579, ps. 1/5 disponible en <https://www.diritto.it/lo-smart-working-ai-tempi-del-coronavirus> (fecha de consulta: 06/01/2021).
- CIALTI, Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece?”, *Temas Laborales*, nro. 137/2017, Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria, p. 165.
- CONFALONIERI, Juan Ángel (h), “El concepto de teletrabajo y el régimen de reversibilidad. Dos de los varios aspectos cuestionables de la reciente ley argentina nro. 27.555. Sucinta comparación con el régimen español”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nro. 57, noviembre 2020, ps. 778-788.
- “Primer acercamiento a la reglamentación —parcial y confusa— de la ley 27.555, y a la resolución MTEySS 54/2021, de 03 de febrero, sobre el concepto de teletrabajo, el punto de partida de la vigencia de las normas que lo regulan y el ámbito de aplicación de las mismas”, en portal digital de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en [https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/1604/LEY%20N%C2%BA%2027.555%20-%20Juan%20A.%20Confalonieri%20\(h\).pdf](https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/1604/LEY%20N%C2%BA%2027.555%20-%20Juan%20A.%20Confalonieri%20(h).pdf) (fecha de consulta: 22/02/2021).
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “De la emergencia a la permanencia”, *El País*, Madrid, 22/09/2020, disponible en <https://elpais.com/economia/2020-09-22/de-la-emergencia-a-la-permanencia.html> (consultado el 12/01/2021).
- “Del coronavirus al contagio del teletrabajo”, *Nueva tribuna*, 21 de marzo de 2020, disponible en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/>

- actualidad/coronavirus-confinamiento-teletrabajo-covid19-oms-salud/2020032023206172385.html* (consulta el 05/12/2020).
- DÍAZ ALOY, Viridiana, “Consideraciones acerca de los enfoques regulatorios del teletrabajo”, en GARCÍA VIOR, Andrea (coord.), *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral, Colección Temas de Derecho Laboral*, nro. 2, Errepar, Buenos Aires, 2009, ps. 27-42.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Nuevas tecnologías y control del empresario”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, nro. 7, 2005, ps. 27-96.
- FOGLIA, Ricardo A., “Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo”, LA LEY, año LXXXIV, nro. 165, Buenos Aires, 04/09/2020, ps. 1-2.
- GARCÍA, Héctor O., “Derecho a la desconexión digital: examen crítico de un derecho de generación 4.0 y su inserción en el contrato de trabajo y el convenio colectivo”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XLII, nro. 273, enero-marzo 2019, ps. 1-34.
- “El Derecho del Trabajo de la emergencia sanitaria (Sobre la normativa adoptada en la Argentina con algunas referencias a ordenamientos comparados)”, *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021 (en proceso de edición).
- LAVÍN, Analía A., “El teletrabajo en las relaciones laborales: frontera de la dependencia”, *Actualidad Jurídica*, 30 de marzo de 2020, disponible en <https://actualidadjuridicaonline.com/doctrina-el-teletrabajo-en-las-relaciones-laborales-frontera-de-la-dependencia-autora-analia-andrea-lavin/> (consultado el 11/12/2020).
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús - ARUFE VARELA, Alberto, “El impacto de la pandemia del coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana”, *Derecho de las relaciones laborales*, nro. 4, Madrid, 2020, ejemplar dedicado a: “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19”, ps. 517-538.
- MOREL, Laëtitia, “Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l’effectivité du droit au repos à l’ère du numérique”, *Labour & Law Issues*, vol. 3, nro. 2, 2017 (ISSN: 2421-2695).
- OIT, “El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-C., “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.) - MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, ps. 229-248.
- SALA FRANCO, Tomás (coord.) - TODOLÍ SIGNES, Adrián - MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, “El Teletrabajo”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL TELETRABAJO Y LOS NUEVOS DERECHOS  
ESPECÍFICOS DEL TELETRABAJADOR  
HÉCTOR OMAR GARCÍA

- SCAILLEREZ, Arnaud - TREMBLAY, Adrienne-Gabrielle, “Le télétravail, comme nouveau mode de régulation de la flexibilisation et de l’organisation du travail: analyse et impact du cadre légal européen et nord-américain”, *Revue de l’organisation responsable*, ESKA, 2016/1, vol. 11, ps. 21-31.
- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza M., “Buenas y/o malas prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas”, en ROALES PANIAGUA, Esperanza (coord.), *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (II)*, Ed. Laborum, Sevilla, 2014, ps. 25-42.
- “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011.
- “El Derecho del Trabajo en el nuevo trabajo a distancia”, comunicación presentada a la ponencia “Libertad de empresa, Constitución española y Derecho del Trabajo” en las *XXXI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales. Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, Cádiz, 13 y 14/12/2012.
- ZUBOFF, Shoshana, “The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power”, Public Affairs, New York, 2019.

Recepción: 18/04/2021.

Aceptación: 24/05/2021.

# EL TELETRABAJO. UNA REFLEXIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Por FERNANDO J. CAPARRÓS \*

## **Resumen:**

*El presente artículo se propone explicar qué es y cómo nació esta modalidad de prestación de tareas; relevando las clases de teletrabajo y extrayendo de su concepto los atributos que lo caracterizan y los extremos requeridos para que cierto tipo de teletrabajo pueda estar alcanzado por la tutela especial que le confiere el nuevo régimen legal argentino. Explica en qué medida pueden resultar aplicables algunos instrumentos normativos de carácter internacional y reseña la legislación de otras experiencias nacionales, para luego consagrarse al análisis de la reciente ley argentina sobre la materia.*

## **Palabras clave:**

*Teletrabajo, requisitos y características, régimen legal, teletrabajo en la experiencia comparada, normas internacionales aplicables.*

# TELEWORKING. REFLECTIONS IN A TIME OF PANDEMIC

## **Abstract:**

*This article is aimed at explaining what this modality of task provision is and how it was born; surveying the telework classes and extracting from its concept the attributes that characterize it and the extremes required so that a certain type of telework can be achieved by the special protection conferred by the new legal regime. It explains to what extent some international normative instruments may be applicable; and reviews the legislation of other national experiences, to then devote to the analysis of the recent Argentine law on the matter.*

\* Abogado; profesor regular adjunto, Facultad de Derecho UBA; exsubdirector del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; exsecretario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**Keywords:**

*Telework, requirements and characteristics, legal regime, telework in comparative experience, applicable international standards.*

## 1. ¿QUÉ ES EL TELETRABAJO?

En sí misma, la pregunta del epígrafe es muy ambiciosa porque se podría responder con otro interrogante: ¿desde la óptica de qué disciplina? Y una vez contestada esta última cuestión, nos quedaría por responder una pregunta más: ¿a los ojos de quién? En otros términos, el teletrabajo puede analizarse y explicarse desde un punto de vista vulgar; o con la mirada puesta desde una disciplina científico-tecnológica; o desde una perspectiva filosófica, política, sociológica, psicológica, antropológica, jurídica, etc. Y nadie podría afirmar, con fundamento, que alguna de estas miradas carezca de legitimidad o de importancia para aproximarse al tema. Nada de eso. Lo que sugiero, en todo caso, es que lo que denominamos “teletrabajo” es un término multívoco, en tanto reconoce varios significados que no necesariamente habrán de ajustarse al análisis jurídico que aquí nos ocupa, aunque este último análisis reconozca zonas de intersección con aquellos otros campos disciplinarios de los que necesariamente debe nutrirse. Y dependerá, también, de quién sea la persona encargada de realizar cada interpretación.

El teletrabajo es, eso sí, una manera de trabajar que puede estar tanto al servicio del trabajo dependiente cuanto del autónomo. Pero de ninguna manera es una figura jurídica contractual (subordinada o no). Siempre habrá ajenidad, en tanto trabajo para otro. Lo que habrá que determinar es si dicho trabajo es en beneficio propio (por cuenta propia) o de otro (en relación de dependencia con un tercero). Es decir, “el teletrabajo no es una profesión, ni mucho menos una figura jurídica, se trata de una manera de trabajar que puede ser utilizada en múltiples sectores de actividad y tener variada instrumentación jurídica”<sup>1</sup>.

Analizar el tema del teletrabajo nunca ha sido una cuestión sencilla, por varias razones. En primer lugar, porque aquel es hijo del nuevo modelo tecnológico surgido a partir de lo que se ha dado en llamar la “segunda ruptura industrial”, que significó “la diversificación de las formas de trabajo y la misma figura del trabajador ha perdido toda ilusión de uniformidad”<sup>2</sup>. Porque lo que denominamos “teletrabajo”, repito, es un término multívoco. Puesto que lo que hoy denominamos como teletrabajo, tiene muy poco que ver con aquello que quería significar esa expresión en sus albores (1973). Porque existen —por el

<sup>1</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco – THIBAULT ARANDA, Javier, “El teletrabajo en España”, Informes y Estudios - Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

<sup>2</sup> MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información”, Ed. Lex Nova, Sevilla, 2002, 1<sup>a</sup> ed., p. 78.

momento, claro— tres generaciones de teletrabajo <sup>3</sup>. Porque —entre los especialistas— no hay acuerdo para darle un mismo nombre a este fenómeno. Puesto que el teletrabajo obligó a un cambio en la organización productiva. Porque existen temores y prejuicios de toda suerte acerca del teletrabajo. Y porque no existen instrumentos normativos internacionales que traten de manera específica el teletrabajo.

## 2. EL NACIMIENTO DEL TELETRABAJO

Quienes se han ocupado de investigar el origen de este fenómeno, coinciden en afirmar que ha sido Jack M. Nilles <sup>4</sup> el primero en acuñar el término “teletrabajo”. Sin embargo, creo necesario hacer alguna salvedad en torno al verdadero significado que aquel le diera a ese vocablo. La denominación empleada por Nilles y su equipo de trabajo, fue elaborada en plena crisis energética y a tan solo tres años de que se aprobara la *Ley de Aire Limpio (Clean Air Act of 1970)*, a fin de referirse al modo empleado para que un trabajador realice su tarea, como una “alternativa al transporte” “y una respuesta innovadora al tráfico, la expansión y la escasez de recursos no renovables”, en la inteligencia de que se estaba produciendo un “estancamiento” ante la “inminente apocalipsis del tráfico” <sup>5</sup>. Su propuesta, consistía en que, en “lugar de desplazarse a una ubicación central en el centro de la ciudad y obstruir las calles ya congestionadas del área, los trabajadores de oficina se reportarían a la oficina más cercana a sus hogares para recibir y completar las tareas allí”, “con la flexibilidad de horarios que ofrecen las redes informáticas interactivas”, reduciendo, de este modo, el viaje al centro principal y tradicional de trabajo. Nilles predijo que el empleo de estas nuevas tecnologías tendría “el potencial de actuar como catalizadores que

<sup>3</sup> Al decir de MESSENGER, Jon C. — GSCHWIND, Lutz, “Three generations of telework: New ICT and the (r)evolution from home office to virtual office”, *New Technology, Work and Employment*, 2016, 31-3, ps. 195-208, disponible en <http://adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2017/07/IL156.pdf> (consultado el 20/03/2021).

<sup>4</sup> En un libro editado en 1973, que lleva por título “The Telecommunications-Transportation Tradeoff”, dirigido por este exingeniero de la NASA, se dice que “La historia oficial del fenómeno de ‘teletrabajo’ se remonta a 1973 cuando el científico espacial Jack M. Nilles y su equipo interdisciplinario de la Universidad de California del Sur recibieron una subvención de la Fundación Nacional de Ciencias de los Estados Unidos para investigar sobre el tema Development of (Public) Policy on the Telecommunications – Transport Tradeoff. Más tarde, acuñó los términos ‘teledesplazamiento’ y ‘teletrabajo’ para describir de manera más concisa el título del proyecto” (OIT, “Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones [TIC] y financieros”; Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros —Ginebra, 24-26/10/2016—; GDFTWEFS/2016 Organización Internacional del Trabajo Departamento de Políticas Sectoriales; Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra; nota 2, p. 2”.

<sup>5</sup> GAN, Vicky, “The Invention of Telecommuting, Bloomberg CityLab”, 01/12/2015, disponible en <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-12-01/what-telecommuting-looked-like-in-1973> (consultado el 20/03/2021).

podrían cambiar radicalmente la estructura de la sociedad estadounidense de la misma manera que el automóvil actuó como un catalizador en nuestra forma de vida durante la primera mitad de este período”, advirtiendo acerca de los beneficios y los perjuicios que la nueva modalidad podría traer aparejados<sup>6</sup>.

### 3. NO TODAS LAS DENOMINACIONES SIGNIFICAN LO MISMO

Existen una decena de denominaciones que han sido tomadas (muchas de ellas, del idioma inglés) y que se utilizan (a veces, de manera diversa y, otras, de manera indistinta) para referirse a actividades en las que se emplean las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), pero que se diferencian unas de otras. No todas las denominaciones quieren significar lo mismo y, por lo tanto, no parece razonable emplearlas como si se tratase de sinónimos que describen una sola y única modalidad.

Esta manera moderna de llevar a cabo una tarea ha recibido, como dije, distintos nombres, según que la visión de esta modalidad de trabajo se enfoque en el lugar en donde se la lleva a cabo; en el modelo de organización empresarial al que se incorpora; o en el país desde el que se la observa, recibiendo los nombres de: telecommuting —teledesplazamiento—, networking —trabajo en la red— remote working —trabajo remoto— flexible working —trabajo flexible—, home working —trabajo en casa—<sup>7</sup>. A los que pueden agregarse otros como trabajo a domicilio, trabajo en línea, trabajo virtual, trabajo a distancia, trabajo distribuido, *workshifting* —trabajo flexible en cuanto a horarios, ubicación y uso de tecnología—<sup>8</sup>.

### 4. QUÉ CLASE DE TELETRABAJO SE DESEA PROTEGER

Antes de escoger algún nombre, y puesto que las denominaciones se refieren a figuras diferentes, resulta necesario saber a qué tipo de teletrabajo queremos referirnos; o sea, qué clase de trabajo telemático desean proteger, hoy, el legislador y los actores sociales. Una buena manera de saberlo es repasar lo que se ha hecho hasta ahora en el derecho comparado, referido a los países en los que el recorrido temporal de estas cuestiones es mucho más extenso que el que se reconoce por estas latitudes. Y, a la luz de este repaso, precisar cuál es la prestación laboral que, empleando las nuevas TIC, justifica una tutela adicional a la del ordenamiento laboral general, según sea la modalidad que se emplee, entendiendo su razón de ser. Y en este último sentido, parece lógico que lo que se quiera o deba proteger sea el teletrabajo subordinado que la persona lleva a

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, ob. cit.

<sup>8</sup> OIT, “Las dificultades…”, ob. cit.

cabo en el hogar del trabajador o en un domicilio u otro lugar elegido por aquella para llevar a cabo su tarea y físicamente aislada del resto de sus compañeros.

La discusión al respecto y los fundamentos en que se sostiene, no son del todo novedosos, en cuanto evocan —en parte— las discusiones y fundamentos esgrimidos hace más de un siglo, cuando se debatía acerca de las condiciones en las que se ejecutaba (y aún se ejecuta) la labor a domicilio que, de no regularse adecuadamente, entrañan o podrían entrañar una ausencia absoluta de protección real; o, para mejor decir, solo contarían con la protección que los dadores de trabajo quisieran otorgarle graciosamente a sus empleados. Pero, a diferencia de lo que ocurría con los antiguos trabajadores a domicilio de finales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, de los que se echaba mano para realizar tareas simples y de poca cualificación, las tareas que pueden realizarse a domicilio, adquieren, hoy, cierta sofisticación y autonomía técnica de las que necesariamente se vale la moderna organización productiva. Tareas que se realizan —obviamente— fuera del centro tradicional de trabajo, pero (y esto es relevante) que bien podrían realizarse dentro de él.

## 5. EL CONCEPTO DE TELETRABAJO EN EL DERECHO COMPARADO

Lo primero que debo destacar es que el teletrabajo al que se aludía en el año 1973 (durante el cual se acuñó esta expresión de la que tanto se habla y que tan cómoda nos resulta) no es, ni con mucho, el teletrabajo que se describe cuarenta y ocho años más tarde en la literatura jurídica de nuestra especialidad, ni la que aborda hoy por hoy la jurisprudencia comparada, ni la que tratan los informes de expertos. Y digo cuarenta y ocho años, y no casi cincuenta, porque es probable que dos años más tarde, el presente trabajo también haya envejecido en gran medida, producto del cambio vertiginoso de las nuevas TIC, que parecen llevarse por delante gran parte de las elaboraciones jurídicas construidas a lo largo de las últimas décadas y que —por momentos— con la ayuda seductora del lenguaje de la mercadotecnia y las concepciones inspiradas en la *neomercantilización* del trabajo, pretenden sacudir los cimientos de nuestra disciplina jurídica, que son puestos a prueba a cada instante. La idea de teletrabajo ha ido mutando periódicamente. Sin embargo, en los últimos treinta años, se detectan ciertos elementos que se repiten en los diversos conceptos elaborados en los documentos internacionales.

En 1990, la OIT conceptualizaba al teletrabajo como “una forma de trabajo en la cual (a) el mismo se realiza en una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, separando así al trabajador del contacto

personal con colegas de trabajo que estén en esa oficina y (b) la nueva tecnología hace posible esta separación facilitando la comunicación”<sup>9</sup>.

Según el Grupo de Expertos de la Comisión Europea, el teletrabajo es “cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, autónomo o a domicilio, efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo, desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnologías informáticas y/o telecomunicaciones”<sup>10</sup>.

En 2002, se celebró el Acuerdo Marco Europeo<sup>11</sup>, “a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la UE”, y con el objeto de “elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores”. Según se desprende del propio instrumento, “el acuerdo otorga a estos últimos la misma protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa”. Este acuerdo definió el teletrabajo como la “forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales”.

Hace ya dos décadas, un trabajo publicado por la OIT<sup>12</sup> llamaba la atención acerca de la dificultad para establecer una definición común del término “teletrabajo”. Sin embargo, dicha publicación ponía de resalto “tres criterios conceptuales principales” que los analistas extraían de aquellas definiciones, a saber: a) el modo de organización; b) el lugar de ejecución; y c) la tecnología utilizada. Y es con base en tales criterios que, en el artículo antes referido, se define “el teletrabajo como una forma de organización del trabajo con las siguientes características: a) el trabajo se realiza en un lugar distinto del establecimiento principal del empleador o de las plantas de producción, de manera que el trabajador no mantiene un contacto personal con los demás colegas de

<sup>9</sup> OIT, Conditions of Work Digest: on Telework, vol. 9, 1, 1990, OIT, Ginebra p. 3; cit. por DI MARTINO, Vittorio, “Proyecto nro. 102374, Puesta en marcha del teletrabajo. El teletrabajo en América Latina y el Caribe”, Ginebra, septiembre de 2004, disponible en <https://es.scribd.com/document/330746271/EL-TELETRABAJO-EN-AMERICA-LATINA-Y-EL-CARIBE-pdf> (consultado el 29/05/21).

<sup>10</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, ob. cit., p. 16.

<sup>11</sup> Primer acuerdo europeo establecido por los propios interlocutores sociales, suscripto el 16/07/2002 entre la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131> (consultado el 05/03/2021).

<sup>12</sup> OIT, “El camino hacia el teletrabajo. Respuestas a las preguntas de hoy”, Trabajo, revista de la OIT, nro. 38, enero/febrero 2001.

trabajo, y b) las nuevas tecnologías hacen posible esta separación al facilitar la comunicación”<sup>13</sup>.

En Australia, el Comité Consultivo Australiano de Teletrabajo (ATAC) definió esta manera de trabajar como “una forma de trabajo flexible, posibilitada por las TIC, y que tiene lugar fuera del entorno de la oficina tradicional”<sup>14</sup>.

## 6. LOS ATRIBUTOS DEL TELETRABAJO

Los conceptos expresados en el parágrafo anterior contienen —a mi juicio— siete atributos perfectamente diferenciables, que son los que caracterizan al teletrabajo:

- El lugar elegido por el trabajador para llevar a cabo sus tareas.
- El empleo de las tecnologías de la información y de la comunicación.
- El cambio en la organización productiva.
- La separación del trabajador del resto de sus compañeros.
- La prestación regular o habitual bajo esta modalidad.
- Cumplir esta modalidad durante la parte principal de la jornada.
- Que la tarea sea de las que podrían realizarse, también, en los locales del empresario.

Se trata, como puede apreciarse, de cualidades que denotan o representan la clase de teletrabajo que el ordenamiento jurídico laboral se ha propuesto proteger y que, por su sola lectura, permiten excluir otra clase de teletrabajos (los autónomos, claro, pero también algunos de carácter asalariado que escapan a dichas cualidades). Constituyen la base fáctica sobre la que se asientan los contenidos jurídicos que habrán de proveerse o reconocerse en la relación que se anuda entre el empresario y el trabajador y sobre los que existe cierto consenso.

### 6.1. *El lugar elegido por el trabajador para llevar a cabo sus tareas*

Se trata de la localización que el trabajador adopta para llevar adelante su labor en las condiciones antes descriptas. En este atributo, habrá de ponerse el acento en tres características que deben reunirse para que el sitio elegido pueda formar parte del concepto moderno de teletrabajo, en relación con nuestra disciplina jurídica.

En primer lugar, *debe existir una distancia* entre el lugar escogido por el prestador de tareas para desempeñarse laboralmente, y el centro tradicional de trabajo al que se encuentra formalmente asignado. Es decir, se debe verificar

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> COMITÉ CONSULTIVO AUSTRALIANO DE TELETRABAJO, “Telework for Australian employees and businesses: Maximising the economic and social benefits of flexible working practices”, informe resentado al Gobierno Australiano (2006); cit. en OIT, “El cami...”, ob. cit.

un *desplazamiento del trabajo hacia el lugar elegido por el trabajador*. En segundo término, la elección del lugar de trabajo debe ser una *opción que el trabajador adopta libremente* en forma exclusiva y excluyente de la voluntad de su empleador. En tercer lugar, el sitio elegido por el trabajador debe ser *distinto* y, por supuesto, *ajeno a los establecimientos del empleador*.

Y parece lógico que el lugar en el que el trabajador realiza su actividad deba reunir estas características, dado que en esta clase de lugares le estarán vedados al empleador ciertos controles o comportamientos que, en cambio, le son permitidos en sus propios locales. En el sitio escogido por el trabajador, por el contrario, debe extremarse el cuidado, puesto que es allí donde la intimidad o la privacidad inherente a la persona humana del prestador de servicios adquieren una importancia mayor; máxime, si el lugar escogido por este coincide con el de su propio hogar. Y en tanto que, además, los límites impuestos por la legislación general, en orden a la jornada de trabajo y a las condiciones de labor en las que se lleva a cabo la tarea, suelen relajarse o, incluso, hasta desaparecer, por diversos factores que provienen de ambos sujetos de la relación jurídica. También serán diferentes los controles que deba ejercitar la autoridad de aplicación. En este sentido, resulta de suma utilidad tomar en consideración las pautas establecidas en el C. 177 OIT sobre el Trabajo a Domicilio (1996), que contempla para esta última suerte de trabajos, una previsión similar a la apuntada, al disponer: “A los efectos del presente Convenio: (a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador”.

El teletrabajador puede optar por llevar a cabo su tarea en uno varios lugares a su elección:

- El domicilio particular.
- Un domicilio diferente a aquel en donde el trabajador tiene su residencia particular.
- Un telecentro.
- Diferentes sitios fuera del centro tradicional de trabajo en la empresa.

#### *6.1.1. El domicilio particular del trabajador*

Es aquel lugar en donde el trabajador reside. Es allí donde tiene el asiento de su vivienda o su hogar; y es allí donde puede habitar, sea en soledad, en pareja, en compañía de otras personas de su familia o de su amistad.

#### *6.1.2. Un domicilio diferente a aquel en donde el trabajador tiene su residencia particular*

Es aquel domicilio elegido por el trabajador para llevar a cabo su tarea, pero distinto al del asiento de su vivienda.

### 6.1.3. Un telecentro

El telecentro no es (al menos, tal y como lo entiende el derecho comparado) una figura que haya tenido gran difusión en nuestro país, en el que existen pocos antecedentes al respecto. Se trata de un centro que provee a las personas instalaciones para compartir, debidamente equipadas y conectadas a las redes. Sin embargo, no todos los telecentros tienen el mismo origen, ni la misma finalidad. Así, los hay privados y públicos; con fines lucrativos y sin fines de lucro; con fines de formación y capacitación; y aquellos que funcionan como catalizadores de políticas públicas vinculadas al medioambiente, al empleo o al desarrollo de determinadas zonas o comunidades; etc.

El telecentro recibe diversos nombres. Así, *telecentro, centro tecnológico comunitario, centro de recursos compartidos, telecottage*; etcétera.

Si bien, en su traducción literal, la palabra *telecottage* significa telecentro, lo cierto es que el *telecottage* no es cualquier clase de telecentro. Tal como se lo conoce en Europa, se lo ha definido como “un centro en el que equipos informáticos y de telecomunicación se ponen a disposición de los habitantes de una comunidad local específica, en un área rural o zona periférica. La finalidad de este tipo de centros es contrarrestar algunas desventajas que afectan a la comunidad; de carácter económico, educativo o cultural, relativa al empleo, los servicios o las infraestructuras”<sup>15</sup>. Como quiera que se los denomine, esta clase de centros “se considera útil en la medida en que la tecnología que ofrecen es mejor que la disponible en la oficina a domicilio, pero se estima que está en declive debido al acceso generalizado a las redes de banda ancha, los ordenadores portátiles y los teléfonos inteligentes”<sup>16</sup>. Por supuesto que, para que un telecentro pueda participar del concepto de teletrabajo al que nos venimos refiriendo (desde el punto de vista jurídico-laboral), no solo debe ser un lugar elegido libremente por el trabajador, sino que debe tratarse de un lugar *distinto* y, por supuesto, *ajeno a los establecimientos del empleador* y en los que este último no tenga la menor injerencia.

<sup>15</sup> Asociación Internacional de Centros de Teleservicio Locales; cit. en: “Teletrabajo: impacto de las nuevas tecnologías en la organización del trabajo”, elaborado por el Centro de Investigación y Documentación sobre problemas de la Economía, el Empleo y las Cualificaciones Profesionales, Colección: Cuadernos de Trabajo – Formación, Empleo, Cualificaciones, nro. 22, iniciativa promovida por el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Gobierno Vasco, abril 1997, Donostia-San Sebastián. “una consideración de los telecottages como vehículos para acceder a mercados económicos distantes, aunque esta no es la única función de estos centros, que tienen un importante papel que desempeñar en la formación y difusión de las tecnologías a nivel local. Esta función de catalizador local proporciona, a largo plazo, a las comunidades periféricas una mayor posibilidad de acceso a otros mercados, y evita su marginalización en la evolución hacia la sociedad mundial de la información».

<sup>16</sup> OIT, “El camino…”, ob. cit.

#### *6.1.4. Diferentes sitios fuera del centro tradicional de trabajo en la empresa*

Cuando se teletrabaja de modo itinerante o nómada, se verifica lo que se denomina teletrabajo móvil u oficina móvil. La tarea puede llevarse a cabo en diversos lugares (un bar, una plaza, el automóvil, un hotel). Desde la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, también se verifica el teletrabajo móvil, nómada o itinerante, en ciertas actividades tradicionales que ya se venían desempeñando a distancia por trabajadores dependientes, tales como: viajantes de comercio; médicos de guardia a domicilio; médicos controladores de absentismo; médicos, enfermeros y técnicos de internaciones domiciliarias; periodistas profesionales; etcétera.

### *6.2. El empleo de las tecnologías de la información y de la comunicación*

En lo que hace a este atributo de la teleactividad, existe una monografía<sup>17</sup> muy interesante y recurrentemente citada por diversos especialistas, que clasifica al teletrabajo en *tres generaciones*, coincidentes con aquellas en las que se divide a las tecnologías empleadas a lo largo de las últimas décadas. Con base en la clasificación de Messenger y Gschwind, puede afirmarse que existe teletrabajo de primera generación (oficina en casa-*home office*); teletrabajo de segunda generación (oficina móvil-*mobile office*); y teletrabajo de tercera generación (oficina virtual-*virtual office*), de acuerdo con “tres elementos clave (tecnología, ubicación y organización)”. Trataré de sintetizar, entonces, en qué consiste cada una de ellas, conforme a la investigación realizada por dichos autores.

#### *6.2.1. Teletrabajo de primera generación (oficina en casa-*home office*)*

El teletrabajo “a domicilio”, “en el hogar”, o también llamado “oficina en casa” (*home office*), se vincula más con los albores de la teleactividad; es decir, con lo que se ha dado en llamar “teletrabajo de primera generación”, en consonancia con la tecnología de primera generación (las computadoras personales antiguas —fijas o estacionarias— y la telefonía por entonces imperante). Tecnología, esta última que constituía un impedimento para el desarrollo del teletrabajo itinerante<sup>18</sup> (“teletrabajo de segunda generación”).

#### *6.2.2. Teletrabajo de segunda generación (oficina móvil-*mobile office*)*

El teletrabajo itinerante, nómada, móvil u oficina móvil (*mobile office*) es lo que se denomina “teletrabajo de segunda generación”. Aquel que no se lleva a cabo, ni en la casa particular del trabajador, ni en los locales del empleador

<sup>17</sup> MESSENGER, Jon C. – GSCHWIND, Lutz, ob. cit.

<sup>18</sup> OIT, “El camino…”, ob. cit.

(la llamada doble estructura espacial clásica del trabajo). O sea, es el teletrabajo que se ejecuta en “terceros espacios”: “vehículos, cafés, aeropuertos, estaciones de tren, instalaciones del cliente”. La movilidad de los nuevos dispositivos que comenzaron a emplearse (pequeños, livianos, portátiles, inalámbricos), unidos a su potencia y bajo costo; en otras palabras, la tecnología de segunda generación, rompió con “la doble estructura espacial clásica del trabajo, ya que a partir de ese momento este podía realizarse cada vez más fuera de los locales del empleador, en el domicilio, pero también en muchos otros lugares”<sup>19</sup> y en cualquier momento. “En esencia, la primera y la segunda generación de teletrabajo pueden separarse mediante avances tecnológicos”<sup>20</sup>.

#### *6.2.3. Teletrabajo de tercera generación (oficina virtual-virtual office)*

La oficina virtual es, en algún punto, el “auténtico trabajo móvil” basado en las nuevas TIC, en tanto “puede ser realizado no solo desde el hogar del trabajador sino prácticamente desde cualquier otro lugar imaginable donde haya conexión a internet (‘oficina virtual’)”. “Las nuevas TIC permitieron la conexión virtual móvil de los trabajadores”<sup>21</sup>. Desde la creación de la *World Wide Web* (1989), la oficina virtual se ha ido desarrollando y sofisticando mediante el empleo de teléfonos inteligentes, la información que se almacena en nubes y redes. Dispositivos minúsculos permiten trabajar en cualquier parte y en tiempos también minúsculos. La información y la comunicación se encuentran, literalmente, en la palma de una mano y de manera instantánea (sea de modo permanente u ocasional) en espacios intermedios distintos de las instalaciones del empleador, claro está, pero distintos, también del hogar del trabajador y de los terceros espacios (“vehículos, cafés, aeropuertos, estaciones de tren, instalaciones del cliente”); por ejemplo, “ascensores, estacionamientos e incluso la acera”; es decir, cualquier lugar que uno pueda imaginar<sup>22</sup>. Según Messenger y Gschwind, las TIC de tercera generación son “la fusión de la tecnología de la información y la tecnología de las comunicaciones y el acceso remoto a la información”, en tanto se desvanece, así, “la separación entre la tecnología de la información y la tecnología de las comunicaciones”. Estas tecnologías, cambiaron y complementaron las tecnologías tradicionales. Hay una “nueva independencia espacial” que “cambia drásticamente el papel de la tecnología en el entorno de trabajo, ofreciendo tanto nuevas oportunidades como nuevos desafíos”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> MESSENGER – GSCHWIND, cits. en ibid.

<sup>20</sup> MESSENGER, Jon – GSCHWIND, L., ob. cit.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

Se observa, entonces, que lo que se denominó “teletrabajo” en el año 1973 no puede ni debe significar lo mismo cuarenta y ocho años más tarde. De allí que algunos autores consideren el concepto como anticuado o ni siquiera lo consideren<sup>24</sup>. Pero, si bien es cierto que el término puede resultar anticuado, no es menos cierto que se trata de una denominación que rápidamente nos pone en tema y que se halla enraizada en nuestro lenguaje, como para desecharla por un mero prurito tecnológico o académico y sin que se haya encontrado, hasta ahora, otra expresión que lo reemplace, con características más apropiadas, pese a los intentos realizados desde hace varios años para denominar de otro modo<sup>25</sup> esta forma de trabajar mediante las nuevas TIC. Lo relevante será, entonces, el significado que le atribuyamos a la expresión teletrabajo en cualquiera de sus generaciones. Y sea que se lleve a cabo en línea (*on line*) o fuera de ella (*off line*).

### 6.3. *El cambio en la organización productiva*

El teletrabajo, desde sus orígenes y hasta el presente, ha implicado cambios que repercuten tanto en el modo de organizar la producción de bienes y de servicios (nuevas tecnologías de la información y de la comunicación; modo de interactuar entre quienes organizan y quienes ejecutan la tarea; modo de relacionarse entre la empresa principal y sus contratistas y subcontratistas; procedimientos utilizados; adquisición y manejo de los recursos y del personal empleados), cuanto en la actividad humana llevada a cabo por cada trabajador (el modo de ejecutarla<sup>26</sup>, el tiempo en que la desarrolla, el lugar elegido para ello y las técnicas de las que se vale para su realización).

Y es aquí donde el derecho del trabajo debe poner una valla al fenómeno de individualización y a la confusión de esos tiempos, con el objeto de “preservar tiempos individual y socialmente vivibles. Su centro de gravedad se desplaza de la organización colectiva del trabajo hacia la vida personal del trabajador. Emerge así un principio de concordancia de tiempos, que es una aplicación del principio más general de adaptación del trabajo al hombre. En el plano individual, dicho principio significa que cada uno debe estar en condiciones de hacer

<sup>24</sup> “El concepto de teletrabajo se considera, por tanto, anticuado (Towers et al., 2006; Anderson et al., 2007) o ni siquiera se tiene en cuenta (Cascio, 2000; Tu et al., 2005; Golden y Geisler, 2007; Jones et al., 2008; Wajcman et al., 2008; Bittman et al., 2009; Heijstra y Rafnsdóttir, 2010; Sayah, 2013)”, cits. por MESSENGER, Jon — GSCHWIND, L., ob. cit.

<sup>25</sup> P. ej., “‘e-nomad’ (Parent-Thirion et al., 2012), ‘Job 2.0’ (Williams, 2010), ‘New Ways of Work (New WoW)’ (Popma, 2013), ‘Workscapes’ (Felstead et al., 2005), ‘Work Extending Technologies’ (Duxbury et al., 2006), ‘Location Independent Living (LIP living)’, 6 ‘e-work’ (Lister et al., 2009)”, cits. por MESSENGER, Jon — GSCHWIND, L., ob. cit.

<sup>26</sup> Sea que se realice “‘en línea’ (con una conexión informática directa) o ‘fuera de línea’, organizarse de manera individual o colectiva, constituir la totalidad o una parte de las tareas del trabajador, y ser ejecutado por trabajadores independientes o trabajadores asalariados”; OIT, “El camino...”, ob. cit.

concordar los diferentes tiempos que componen su vida. Hay que ponerle freno para ello a la *hybris* patronal de flexibilidad total del ‘capital humano’ (servicios de veinticuatro horas sobre veinticuatro, siete días sobre siete, y trabajo ‘siempre a tiempo’). En el plano colectivo, el principio de la concordancia de los tiempos impone que se preserve el derecho a una vida familiar y social normal”, acorde con los derechos del hombre <sup>27</sup>.

Los cambios en el modelo de organización empresarial y en el sistema productivo entrañan, por consiguiente, cambios significativos en lo que hace a la subordinación laboral, en tanto se produce una ruptura del binomio *trabajador dependiente/trabajador autónomo*. A partir de esta ruptura, cuesta distinguir con nitidez a ambas figuras del mentado binomio, caracterizado durante el modelo industrial taylorista-fordista, y dentro de cuyo sistema, la producción de bienes iniciaba su ciclo hasta su total terminación, dentro de una misma empresa. Los perfiles de aquel binomio arquetípico se desdibujan para confundirse dentro de los nuevos sistemas de organización empresarial.

En el Acuerdo Marco Europeo (2002) se señala que “en el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las normas laborales aplicables, corresponde al teletrabajador gestionar la organización de su tiempo de trabajo” y que la “carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario” <sup>28</sup>.

El cambio en la organización productiva implica considerables ventajas, tanto para empleadores y trabajadores, individualmente considerados, cuanto para los actores sociales. Así, para el empresario, sin dudas, se produce una ventaja en la nueva manera de producir, en lo que hace a los costos, en tanto se reduce la necesidad de contar con un establecimiento laboral de mayor superficie para albergar el trabajo presencial. En otros términos, existe una necesidad cada vez menor de contar con grandes espacios físicos. Sin la presencia del teletrabajador, son menores también, los costos fijos que tal presencia acarrea en el centro de trabajo; incluidos los provenientes de potenciales accidentes de trabajo *in itinere*.

La organización más fluida y flexible para organizar y dirigir, permite la contratación de trabajadores que residen en lugares distantes de sus centros de trabajo, sin que ellos tengan que variar su lugar de domicilio. La desaparición de las barreras geográficas y, con ellas, las limitaciones de carácter temporal, implica que el empresario pueda ahora acceder a otros mercados, sin la necesidad de crear filiales y aprovechando todos los husos horarios. Dicha organi-

<sup>27</sup> SUPIOT, Alain, “*Homo juridicus*”, Ed. Siglo XXI, Villa Ballester, Argentina, 2007.

<sup>28</sup> Acuerdo Marco Europeo firmado el 16/07/2002, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131> (consultado el 05/03/2021).

zación implica, además, la desaparición del ausentismo y, por ende, una mayor productividad<sup>29</sup>.

La contracara o el anverso de la misma medalla es aquella que descubre las desventajas de la nueva organización, en tanto la teleactividad requiere, necesariamente, incrementar los costos de equipamiento y conexiones entre la empresa y sus teletrabajadores; y puesto que se torna más complejo organizar y dirigir al personal de la empresa, en lo que hace al lugar, al modo y al tiempo en que los teletrabajadores llevan a cabo la tarea; dificultando también el control, presencial, que sobre ellos se ejerce<sup>30</sup>.

La mayor autonomía técnica del trabajador, libera a este último de las consecuencias de la falta de puntualidad o de asistencia; y le brinda la posibilidad de autoorganizar su tiempo de labor y la manera en que habrá de llevarla a cabo. Esta manera de darse su propia organización, hace que el trabajador adquiera mayor calidad de vida, en tanto y en cuanto, si sabe administrar adecuadamente sus plazos, contará con más tiempo libre para sí, en orden al descanso, el esparcimiento, la atención familiar, etcétera.

El Estudio General de 2018 de la CEACR<sup>31</sup> advierte que, desde “principios del siglo XXI, las nuevas TIC (como los teléfonos inteligentes, las tabletas y las computadoras portátiles) han revolucionado el trabajo y la vida personal. Sin embargo, aunque posibilitan que las personas se mantengan conectadas con familiares y amigos a la distancia y en todo momento, también han ampliado la conexión de los trabajadores con el lugar de trabajo, con supervisores y colegas, lo cual ha ocasionado que el trabajo irrumpa en momentos y lugares tradicionalmente reservados al ámbito de lo personal. Esto también plantea cuestiones relacionadas con la privacidad de los trabajadores dado que los empleadores pueden usar técnicas de vigilancia electrónicas” (3. El Teletrabajo, 736). Para concluir: “El teletrabajo puede permitir que las personas trabajen con mayor eficiencia y respondan mejor a las exigencias del trabajo y la vida personal. La economía del trabajo esporádico puede ofrecer cierta libertad a los trabajadores para organizar sus horarios de trabajo. Sin embargo, estas modalidades de trabajo están asociadas con una serie de desventajas, especialmente para los trabajadores, como la injerencia del trabajo en el tiempo libre y los períodos de descanso, la imprevisibilidad de las horas de trabajo, la inseguridad del ingreso y el estrés asociado con (la sensación de) tener que estar siempre disponible o conectado con el trabajo y la pérdida de derechos laborales si los trabajadores son considerados contratistas independientes. Estas deben ponderarse con detenimiento junto con las ventajas. No caben dudas de que la tecnología incidirá

<sup>29</sup> MERCADER UGUINA, ob. cit., p. 205.

<sup>30</sup> Ibid., p. 205.

<sup>31</sup> “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, Conferencia Internacional del Trabajo 107.A Reunión, 2018; Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo. Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones.

en las fronteras de la regulación del tiempo de trabajo, las modalidades de ordenación del tiempo de trabajo y los períodos de descanso en las legislaciones nacionales y el derecho internacional. En este sentido, el derecho a la desconexión puede ser una vía de progreso para impedir que los límites entre el trabajo y el descanso sigan desdibujándose debido al creciente uso de las TIC”.

El referido Estudio General 2018 de la CEACR se detiene en el derecho a estar desconectado al alertar: “En el mundo del trabajo del siglo XXI, la conectividad con el lugar del trabajo es un problema importante para muchas personas. El ‘derecho a la desconexión’ y otras políticas conexas surgieron en respuesta a distintos problemas comunes ocasionados en los últimos tiempos a raíz de la diversidad y de las nuevas realidades del mundo del trabajo. Asimismo, también debe prestarse atención al deber de desconectarse en ciertas circunstancias. Una de estas, denominada recientemente ‘trabajo sin fin’, ha sido objeto de varios estudios y políticas nacionales, y guarda relación con la creciente importancia de las nuevas tecnologías en la vida profesional. Por ejemplo, según estudios, sentir la necesidad de mirar el correo todo el tiempo genera mucho estrés para los trabajadores y frustra sus períodos de descanso. La posibilidad del ‘trabajo sin fin’ es mayor en el caso del T/TICM [T/TICM significa ‘teletrabajo/TIC-trabajo móvil’]. De hecho, aunque los trabajos que no tienen restricciones de tiempo o lugar cuentan con la ventaja de que, gracias a las TIC, las personas pueden organizar su trabajo (incluido el tiempo de trabajo) en función de sus necesidades personales, también está el peligro inherente de que deje de respetarse la separación entre la vida privada y el trabajo. El tema del T/TICM ha sido vinculado últimamente en los medios y los debates sobre políticas con la falta de respeto de los períodos de descanso y las vacaciones, el estrés y el síndrome de desgaste profesional”.

En la nueva organización productiva que impone el teletrabajo, son decisivos ciertos factores que dependen del desarrollo económico de los países, como “la estructura económica y ocupacional, el acceso a Internet de banda ancha y la probabilidad de que las personas posean una computadora personal”<sup>32</sup> lo que “muestra que, con la tecnología, las herramientas (por ejemplo, de comunicación) y la reorganización del trabajo adecuados, muchos más trabajos pueden realizarse a distancia de lo que se suponía anteriormente”<sup>33</sup>. Destacándose que “es posible que la ampliación del uso del teletrabajo no termine con la pandemia, sino que pase a formar parte de la ‘nueva y mejor normalidad’ en los años

<sup>32</sup> HATAYAMA et al., 2020; OIT 2020h, cit. en OIT, “El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella”, Guía práctica Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020. En estos tiempos de pandemia —generada por la COVID-19— gran parte del mundo echó mano del aislamiento de las personas para mitigar los efectos del contagio. En 2020, pudo constatarse que “casi 4 de cada 10 empleados en Europa comenzaron a teletrabajar” (id.).

<sup>33</sup> EUROFOUND, 2020b, cit. en OIT, “El teletrabajo durante…”, ob. cit.

venideros, con el apoyo de la digitalización, la comunicación avanzada y las tecnologías de nube”<sup>34</sup>.

En lo que hace al método ideal para gestionar al personal de teletrabajo, se ha señalado la importancia del “proceso denominado gestión por resultados, en el que tanto el equipo directivo como el trabajador se ponen de acuerdo sobre un mecanismo común de evaluación de la productividad (Sorensen, 2016)” y de la confianza recíproca que deben tenerse los directivos, teletrabajadores y colegas (OIT, 2020a)<sup>35</sup>.

#### *6.4. La separación del trabajador del resto de sus compañeros*

La separación del trabajador del resto de sus compañeros lo limita considerablemente y puede alcanzar, incluso, el grado de frustración en orden a desarrollar una carrera profesional, debido a que el aislamiento genera una conducta más individualista que va diluyendo, hasta su desaparición, el valor de la solidaridad y el espíritu de cuerpo con el resto de sus pares.

Desde el derecho colectivo también existe mayor distancia, cuando no aislamiento, en tanto el trabajador carece de la debida presencia (física y virtual) de sus representantes sindicales. De allí que el viejo y clásico sindicato (generalmente de base fabril y pensado para la organización fordista/taylorista) deba reconocer —gusten o no— los nuevos fenómenos en materia de organización y las formas de trabajo en las que se emplean las nuevas TIC. El teletrabajador debe sentirse parte y alcanzado por la tutela gremial del sindicato que lo abarca formalmente en su ámbito de representación. Por el contrario, la negación de este nuevo fenómeno o la estigmatización de quienes forman parte de él, a quienes se los encasilla como trabajadores de una estructura individualista y clasista, faltos de solidaridad con el interés del resto de la categoría profesional, no hará otra cosa que agigantar las crisis de representatividad y de afiliación que afecta a los sindicatos, haciendo que el trabajador continúe distante de la organización sindical y convencido de lo innecesario de contar con esa representación. Precisamente, es la solidaridad la base de sustento sobre la que reposa el derecho colectivo y en la que se asienta la organización sindical. Si falta la solidaridad se destruye la idea primigenia de cohesión social como función del derecho del trabajo. Cierta cualificación profesional y una importante dosis de autonomía técnica hacen que los teletrabajadores no se sientan identificados, como antes, con

<sup>34</sup> OIT, “El teletrabajo durante...”, ob. cit.

<sup>35</sup> X, ibid. Allí, puede leerse: “El personal directivo tiene un papel fundamental en el apoyo a los trabajadores y en la mitigación del impacto perjudicial del exceso de trabajo en su salud y bienestar. Estos objetivos pueden alcanzarse si se comunica de forma eficaz expectativas realistas, se establecen plazos alcanzables en los que se tenga en cuenta el contexto sumamente inusual en el que se desarrolla actualmente el teletrabajo y se asegure al mismo tiempo la continuidad de las actividades y el nivel de rendimiento requerido. Para ser eficaz, el teletrabajo debe basarse en el diálogo y la cooperación entre la dirección y los trabajadores (OIT, 2020b). Esto es aún más importante cuando el teletrabajo es obligatorio y se realiza a tiempo completo”.

aquellos que cumplen su tarea presencial dentro del centro tradicional de trabajo. Y esto hace que crean —equivocadamente— que las contingencias sociales que se presentan para estos últimos, les resultan extrañas y no les incumben.

Lo cierto es que “la nueva ‘antropología social’ está compuesta por sujetos que no llaman siquiera a la puerta del sindicato”<sup>36</sup>. El teletrabajador debe convencerse de que su afiliación a un sindicato le permitirá una ventaja que de otro modo no obtendría. La representación a la que aspiran estos trabajadores debe ser concreta y despojada de prejuicios. Sin embargo, la propia ley sindical margina a los precarios, estableciendo una antigüedad para elegir y ser elegidos. “Se exige, pues, estabilidad, cuando la regla es justo la contraria”<sup>37</sup>. Las nuevas TIC que permiten el teletrabajo y que tanto malestar causan para la organización sindical, son —paradójicamente— las que le habrán de posibilitar a esta última recrear una manera moderna de comunicación entre el sindicato y los trabajadores, tanto para realizar asambleas; dar información; sufragar; ejercer los derechos sindicales; negociar colectivamente. En otras palabras, los mismos canales que posibilitan el teletrabajo, pueden facilitar el ejercicio de los derechos sindicales. Y, para ello, habrá que *aggiornar* la legislación, en lo que hace, por ejemplo, a la cantidad de trabajadores que deben considerarse comprendidos en un mismo centro de trabajo para determinar la cantidad de delegados con los que puede contar cada establecimiento o unidad de gestión, considerando como centro de labor para el teletrabajador, aquel en relación con el cual tenga conexión (presencial o virtual) o al que se encuentre asignado formalmente. Será necesario el reconocimiento empresarial para la utilización de espacios informáticos o virtuales cedidos por el empleador al sindicato, como así también las franquicias horarias concedidas por la empresa para cumplir la labor gremial cibernetica que resulte necesaria para conseguir el cometido, tal como hasta la irrupción de la telemática se contaba con el derecho a contar con un local para llevar a cabo la tarea sindical dentro de la empresa y la vieja pizarra de anuncios gremiales. Así, también resulta menester el reconocimiento de un derecho de los sindicatos a emplear, razonablemente, un espacio en la comunicación intranet que las empresas usan para comunicarse con su personal.

### *6.5. La prestación regular o habitual bajo esta modalidad*

Un documento de OIT, alerta acerca de que “trabajo a domicilio” y el “teledesplazamiento” no deben considerarse términos equivalentes, en tanto el uso como sinonimia “confunde el trabajo realizado a domicilio a través de las TIC con el trabajo a domicilio en el sentido tradicional —es decir, la producción industrial a destajo realizada por un trabajador en su domicilio—, como

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, en MERCADER UGUINA, ob. cit., p. 214.

<sup>37</sup> MERCADER UGUINA, ob. cit., p. 216.

se especifica en el Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177)”<sup>38</sup>. Ese mismo documento, rescata la definición adoptada en el art. 2º del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002) en la que se hace presente el atributo que ahora estamos analizando (*la prestación regular o habitual bajo esta modalidad*): “Una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales”. Para luego agregar que “[l]a mayoría de los expertos sostienen que el término ‘teletrabajo’ debería aplicarse exclusivamente a las tareas que se realizan regularmente fuera del establecimiento reconocido del empleador como mínimo un día durante la semana laboral, y que por ‘trabajadores virtuales’ debería entenderse principalmente aquellas personas que trabajan a tiempo completo fuera de los locales del empleador; en otras palabras, los trabajadores virtuales son teletrabajadores a tiempo completo”<sup>39</sup> quedando librada a legislación local o a los convenios colectivos de trabajo qué es lo que debe entenderse por habitualidad o regularidad<sup>40</sup>.

#### 6.6. Cumplir esta modalidad durante la parte principal de la jornada

Otro de los atributos del teletrabajo como objeto de tutela del derecho del trabajo, estriba en que esta modalidad de prestar tareas se cumpla durante la parte principal de la jornada de trabajo y no que constituya un simple suplemento de la jornada presencial que funciona como auxilio para el cumplimiento de esta última. Y esto se explica, según entiendo, por el riesgo que entraña la posibilidad de trabajar durante extensas jornadas, sin límites horarios y fuera del alcance ordinario de los servicios de inspección que la autoridad de aplicación emplea regularmente para llevar a cabo su tarea frente a tareas presenciales, con todo lo que ello implica para preservar la separación que debe existir entre los tiempos de la vida laboral y los de la vida personal. De allí que la Comisión de Expertos de OIT, señala la dificultad que el teletrabajo presenta en orden al control del cumplimiento de la ley, en lo que respecta a la frecuente ausencia de horarios de trabajo y de registros del tiempo de labor y las facultades limitadas de los inspectores del trabajo<sup>41</sup>, como así también, que “la expansión de los centros de llamadas y la realización del trabajo administrativo por parte de

<sup>38</sup> OIT, “Las dificultades...”, ob. cit.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> “Teletrabajo en la Unión Europea”; Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound), 2010, cit. en OIT, “Las dificultades...”, ob. cit.

<sup>41</sup> Estudio general (2018) relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo: “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”; Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, p. 338, parág. 852.

trabajadores de los países en desarrollo es una prueba del impacto de las TIC en esos países”, todo lo cual ha contribuido a “promover el teletrabajo y hacer menos precisa la separación entre el tiempo de trabajo y los períodos de descanso, por lo que se está clamando con creciente sentido de la urgencia por el ‘derecho a la desconexión’”<sup>42</sup>; derecho que surge como “respuesta a distintos problemas comunes ocasionados en los últimos tiempos a raíz de la diversidad y de las nuevas realidades del mundo del trabajo”, como, por ejemplo, el llamado ‘trabajo sin fin’, que genera “el peligro inherente de que deje de respetarse la separación entre la vida privada y el trabajo”<sup>43</sup>.

#### *6.7. Que la tarea sea de las que podrían realizarse, también, en los locales del empresario*

Tal como lo expresara al comienzo del presente trabajo, en 2002 se celebró el Acuerdo Marco Europeo que, en la definición que adoptó para el teletrabajo, puso de relieve, junto a otros componentes, que esta modalidad se refiere a un trabajo “que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales”. Entiendo que, de otro modo, no podría hablarse del carácter voluntario del teletrabajo, que se verifica, sea al tiempo de iniciarse la relación laboral, sea con posterioridad; de las mismas condiciones de empleo, los mismos derechos, iguales formación y desarrollo profesional, la misma la carga de trabajo y de criterios de resultados, que los trabajadores que poseen una categoría equiparable a la que ostentan los trabajadores presenciales del centro tradicional de trabajo. Si el teletrabajo que nos ocupa no tuviese este atributo, tampoco tendría sentido referirse al derecho de dejar sin efecto la teleactividad para incorporarse o reincorporarse a la actividad presencial (reversibilidad del acuerdo).

## 7. EL TELETRABAJO DEPENDIENTE

El impacto de las nuevas tecnologías en materia de telecomunicaciones ha incidido, en lo que a nuestra materia se refiere, en dos sentidos. El primero, en tanto constituye un desafío para la doctrina y, fundamentalmente, para la jurisprudencia, desentrañar frente a un caso concreto sometido a análisis, en dónde se detectan, empíricamente, las típicas facetas de la dependencia cuando el trabajo se lleva a cabo a distancia. Y, en otro sentido, porque esta nueva manera de trabajar, junto a otras distintas que se integran a la empresa principal en un modelo de trabajo justo a tiempo o de especialización flexible, suelen implicar cierta autonomía técnica de quien las ejecuta; e, incluso, hasta una autonomía jurídica genuina que lo excluye de la tutela del derecho del trabajo. En otras

<sup>42</sup> Ibid., parág. 726, p. 285.

<sup>43</sup> Ibid.

palabras, el teletrabajo es parte del declive del estereotipo bipolar: trabajador dependiente/trabajador autónomo. La dependencia, hoy, “se suaviza para dar lugar a aquella de la integración dentro de una organización, en el seno de la cual los trabajadores son libres de realizar los objetivos convenidos de la manera que lo deseen, y que constituyen tantas normas impersonales de evaluación que se imponen tanto a ellos mismos como a sus jefes”<sup>44</sup>. Paradojalmente, la independencia jurídica de la que los subcontratistas y proveedores participaban en el marco del derecho común en las antiguas relaciones empresariales, hoy se ve desdibujada en las nuevas relaciones empresariales en red, al punto que aquellos terminan sometiéndose a órdenes, instrucciones y condiciones que les impone la empresa principal, de la que terminan siendo dependientes. En palabras de Supiot, “la independencia jurídica pierde parte de su sustancia para someter a los empresarios a disciplinas colectivas de redes integradas de producción o de distribución. El sector agrícola o el de la distribución están llenos de estos empresarios dependientes, que tienen las responsabilidades de la empresa, sin poder dirigirla libremente (...). Se inventan de este modo, dentro de las empresas, nuevas formas de gobierno de los hombres que se oponen a las construcciones del derecho del trabajo”<sup>45</sup>. El concepto de dependencia, de este modo, se modifica, se transforma, dado que se presenta de manera bien distinta a la que estuvimos familiarizados durante décadas.

## 8. CONTENIDO Y REQUISITOS JURÍDICOS DEL TELETRABAJO

Ahora bien, ¿cuál es el contenido jurídico que encierra aquel molde conformado por los siete atributos que se acaban de reseñar? El contenido es variado y se manifiesta en diversos planos que incumben, tanto a los derechos individuales, como a los colectivos; y tanto a los derechos específicos, como a los inespecíficos<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> SUPIOT, Alain, “Derecho del trabajo”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Todos los requisitos que habrán de analizarse, han sido establecidos como criterios a considerarse por el “Manual de buenas prácticas en teletrabajo”, Oficina Internacional del Trabajo - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social - Unión Industrial Argentina, Buenos Aires, 2011, 1a ed.; y, asimismo, en España, para la regulación del empleo y la negociación colectiva en el “III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017”, celebrado en Madrid el 08/06/2015 entre por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y de otra por las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras (CC.OO.) y de la Unión General de Trabajadores (UGT), y de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 en relación con el art. 90, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el real decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y que fuera publicado en el BOE nro. 147, de 20/06/2015, ps. 51602-51619 (18 ps.).

### *8.1. La voluntariedad y la reversibilidad*

La facultad de adoptar esta modalidad de trabajo es bilateral, en tanto pertenece a la esfera de decisión de ambas partes (trabajadora y empleadora). No existe (al menos en los acuerdos marco y ordenamientos legales que se conocen), una obligación de aceptar la teleactividad por parte del trabajador que, por lo demás, tampoco puede exigirla a su empleador. El requisito que signa esta moderna manera de llevar a cabo una tarea es, entonces, la voluntariedad. De allí que la modalidad telemática pueda adoptarse al comienzo de la relación de trabajo o durante su transcurso. Requisitos, ambos, que han sido destacados como necesarios en nuestro país por el “Manual de buenas prácticas en teletrabajo”<sup>47</sup>.

### *8.2. Igualdad de derechos y garantías*

Los teletrabajadores deben gozar de los mismos derechos y garantías de los que son titulares aquellos compañeros que, realizando una tarea similar, lo hacen dentro del ámbito físico tradicional de la empresa. Derechos y garantías que surgen de normas nacionales e internacionales, conforme lo establece nuestro bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inv. 22, CN) y al que pueden y deben contribuir los convenios colectivos de trabajo, en orden a regular ciertas singularidades inherentes a tan peculiar manera de trabajar. Esta igualdad, por tanto, se proyecta no solo sobre los derechos laborales individuales, sino, además, sobre los derechos colectivos. Y, asimismo, tanto sobre los derechos inherentes a la calidad de trabajador (derechos específicos), cuanto a los referidos a la calidad de la persona humana como tal (derechos inespecíficos). Cuya compatibilidad o incompatibilidad con el teletrabajo no debería ponerse en duda “tratándose de una modalidad especial, que merecería una consideración particular tratándose de los Convenios fundamentales (v.gr., Convenio 100 y 111 dedicados a la igualdad de trato y no discriminación, o los Convenios 87 y 98 a propósito de la Libertad Sindical y Negociación Colectiva, etc.)”<sup>48</sup>. Igualdad de derechos y garantías que debe contar con una mirada de género, tendiente a revertir las desigualdades sociales y económicas de esa clase<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> OIT, “Manual...”, ob. cit.

<sup>48</sup> “Informe sobre la comparecencia de la Sra. Carmen Bueno, especialista en seguridad y salud en el trabajo y Sr. Humberto Villasmil Prieto, especialista en normas internacionales del trabajo y relaciones laborales de la OIT, ante la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados de la República de Chile”, que estudia el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, a propósito del art. artículo 152 quater D, disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-americas/-/-ro-lima/-/-santiago/documents/genericdocument/wcms\\_737001.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-americas/-/-ro-lima/-/-santiago/documents/genericdocument/wcms_737001.pdf) (consultado el 13/03/2021).

<sup>49</sup> “Las desigualdades sociales y económicas de género existentes y los desafíos para la mujer se ven agravados por la crisis actual que exige que las empresas y otras organizaciones incluyan la perspectiva del género en la respuesta frente a la COVID-19 (ONU Mujeres, 2020). Es necesario que se escuche a las mujeres que trabajan en primera línea en la atención de salud

### 8.3. *La protección de los datos*

Este es uno de los derechos que tiene el empresario, con el fin de garantizar la privacidad de los datos que, necesariamente, habría de manejar el teletrabajador para llevar a cabo su tarea. Derecho que ya posee, en general, respecto de los trabajadores que se desempeñan en el centro tradicional de trabajo, en orden a quienes manejan esta clase de información sensible, pero que merece un cuidado aun mayor, por la clase de medios a través de los cuales circulan o se almacenan dichos datos y por las herramientas empleadas para su manipulación. Desde ya, este derecho deberá ejercerse con la previa información necesaria que se brindará a cada trabajador, en lo que hace a los límites que resulten necesarios y a las consecuencias punitivas que entraña el uso indebido de tales datos.

### 8.4. *La preservación de la privacidad*

La privacidad hace no solo a la intimidad del trabajador, sino también a la obligación del empleador de velar por el respeto a la dignidad de su dependiente, no solo como consecuencia obligada de una de las facetas del deber de previsión consagrado por el art. 75 LCT, sino, fundamentalmente, como resultado de los derechos inespecíficos que el trabajador posee como persona humana, en virtud de lo que se ha dado en llamar *ciudadanía en la empresa*<sup>50</sup>. Estamos hablando de privacidad, por supuesto, pero como ámbito de respeto a la intimidad de la persona del trabajador (eventualmente, de sus convivientes) y a su dignidad personal, en orden a las posibles visitas del empleador y a las inspecciones de la

o en venta al por menor de artículos de primera necesidad, o que trabajan desde el hogar, que deben ocuparse del cuidado de las personas mayores y los niños. Sus voces y desafíos deberían servir para fundamentar la elaboración de futuras políticas, entre ellas las de recursos humanos en lo que respecta al trabajo flexible. Además, según un primer análisis, es probable que el empleo de las mujeres se vea más afectado que el de los hombres por la crisis económica inducida por la pandemia (OIT, 2020f)": OIT, "El teletrabajo durante...", ob. cit.

<sup>50</sup> En el llamado "Informe Auroux" (presentado en septiembre de 1981 por el entonces ministro de Trabajo francés, Jean Auroux, al presidente de la República (François Mitterrand) y al primer ministro (Pierre Mauroy) sobre "Derechos de los Trabajadores"; disponible —en idioma francés— disponible en <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/auroux.pdf> (consultado el 01/03/2021); o bien, en español: "Informe Auroux. La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia", MTSS, Madrid, 1983), se interpreta el compromiso de cambio reflejado en las elecciones del 10/05/1981 al que aspiraban los franceses, sobre la base de las propuestas realizadas por el presidente de la República, en orden a "una nueva ciudadanía" que, en lo que a nuestro análisis se refiere, apunta a resaltar que, "ciudadanos en la ciudad, los trabajadores deben serlo, también en su empresa"; una "ciudadanía plena"; es decir, que no es la simple reacción "de rechazo hacia una política conservadora", sino la aspiración de "construir una sociedad de la dignidad, de la responsabilidad, del progreso social, del desarrollo económico", pero, he aquí la clave de aquella idea: "en el respeto de las libertades"; "la aparición de una nueva y auténtica ciudadanía corporativa".

autoridad de aplicación, que deben contar —se sugiere— con el consentimiento del trabajador, previo a la visita o inspección<sup>51</sup>.

#### *8.5. Provisión de equipos y herramientas*

Como regla general, el teletrabajo suele desarrollarse mediante la entrega que el empleador le hace al trabajador de los equipos y herramientas de labor, poniendo en cabeza de aquel la instalación, el mantenimiento y la reposición de dicho instrumental, en tanto es el trabajador quien se pone a disposición bajo las directivas del principal (arts. 4º, 21, 22 y concs., LCT) resignando la libre disponibilidad de su tiempo y cediendo, de antemano, la disposición del producto final de su tarea. Se hace, así, ajeno a los riesgos de la explotación empresaria. De allí que se coloque en cabeza de quien lo dirige el riesgo económico empresario. “Los trabajadores tampoco deben incurrir en gastos adicionales al realizar su trabajo desde casa. Tienen derecho a obtener de su empleador equipos y herramientas que les permitan trabajar como si estuvieran en su lugar de trabajo habitual, sin consecuencias negativas para su rendimiento, eficacia y bienestar. El trabajo con equipos y herramientas de calidad inferior conduce a una pérdida de la productividad, frustración y, en última instancia, desvinculación de los trabajadores. Por lo tanto, para lograr un nivel de productividad similar al de la oficina, el empleador debe asegurarse de que los teletrabajadores tengan acceso a la tecnología y las herramientas que utilizarían si estuvieran en el lugar de trabajo. Un diálogo continuo entre el empleador y los trabajadores es vital para detectar cualquier dificultad con las herramientas y para que estos expresen sus necesidades específicas, en cuanto a equipo, programas de TIC y formación correspondiente”<sup>52</sup>.

#### *8.6. Preservación de la salud y la seguridad en el trabajo*

Con el fin de preservar la salud psicofísica del teletrabajador, y a fin de salvaguardar (como quedó dicho) su privacidad, el empleador, la autoridad de aplicación y los representantes, previo acuerdo con el trabajador, pueden acceder al domicilio donde se lleva a cabo la tarea; como así también, el propio trabajador tiene el derecho a solicitar una inspección en su lugar de trabajo.

<sup>51</sup> “Existe un número cada vez mayor de herramientas y programas informáticos para rastrear y vigilar la actividad de los trabajadores, especialmente cuando trabajan desde lugares remotos (es decir, el hogar), y fuera del contexto tradicional del lugar de trabajo. Las herramientas que rastrean las pulsaciones del teclado, los movimientos del ratón o la ubicación física de los trabajadores tienen un carácter intrusivo, por lo que no se recomiendan. Además, no deben utilizarse para sustituir la gestión por resultados ni la articulación clara de las tareas y productos específicos que se esperan de los trabajadores y el momento en que deben completarse”: OIT, “El teletrabajo durante...”, ob. cit.

<sup>52</sup> Ibid.

En este sentido, se sugiere emplear la expresión “seguridad y salud en el trabajo”, en línea con lo que contempla el convenio 187 OIT (sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006) en tanto se trata de una expresión más apropiada y comprensiva, desde que incluye “no solo la seguridad e higiene sino otras disciplinas preventivas como la ergonomía y la psicosociología que se estima van a tener un rol fundamental en las nuevas formas de organización empresarial, y particularmente en el trabajo a distancia, teletrabajo y trabajo a domicilio”<sup>53</sup>.

Se trata de un aspecto que adquiere mayor relevancia aún, cuando se trata de esta modalidad de prestación de tareas, en tanto el teletrabajo ha implicado un cambio abrupto y riesgos psicosociales (como la violencia y el acoso) y ergonómicos que no siempre se han tenido en consideración y requieren, por ende, medidas que refuerzen, reduzcan y prevengan aún más tales riesgos<sup>54</sup>. “De acuerdo con la mayoría de las leyes y convenios colectivos nacionales relativos a la SST, el empleador es responsable de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores, lo cual suele aplicarse también al teletrabajo. Los empleadores tienen las mismas responsabilidades en materia de salud y seguridad para los teletrabajadores a domicilio que para cualquier otro trabajador de la organización. Estas incluyen la identificación y la gestión de los riesgos laborales de los teletrabajadores a domicilio”<sup>55</sup>.

#### *8.7. La formación y la carrera profesional*

Como una derivación del principio de igualdad al que me he referido, quienes trabajan bajo la modalidad en estudio, deben contar con las mismas posibilidades de formación que tienen aquellos prestadores de tareas que realizan su labor dentro del centro tradicional de trabajo, como así también, con una formación específica referida al instrumental que emplean para desarrollar su trabajo y a las particularidades que presenta la nueva organización productiva y el modo de relacionarse a través de ella. Asimismo, los teletrabajadores deben contar con el mismo derecho a la carrera profesional que tienen quienes no desarrollan la tarea de manera telemática, no pudiendo ser evaluados de forma diferente<sup>56</sup>.

Podemos encarar de diverso modo los cambios jurídicos (normativos y jurisprudenciales) que se requieren para darle al teletrabajo un marco apropiado, equilibrado, razonable. Lo que no debemos permitirnos es dejar de producir ese

<sup>53</sup> “Informe sobre la comparecencia…”, ob. cit.

<sup>54</sup> OIT, “El teletrabajo durante…”, ob. cit.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> En este sentido: “Los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación, a la capacitación y a las oportunidades para desarrollar su carrera profesional que los trabajadores presenciales que trabajan en los establecimientos y oficinas de la empresa empleadora y están sujetos a las mismas políticas de evaluación de desempeño” (cláusula 6.6.1.; OIT, “Manual…”, ob. cit.).

marco, dejando a merced del mercado el acomodamiento de relaciones jurídicas en las que se halla comprometida la persona humana de un trabajador (con sus derechos específicos e inespecíficos) que, al tiempo de estar históricamente inserto en una negociación desigual, agrega ahora un riesgo más grande aún: la exposición en cuerpo y alma de su propia vida privada.

## 9. TEMORES, CREENCIAS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL TELETRABAJO

Hace ya varios años, he tenido la posibilidad de enlistar una serie de temores, creencias, ventajas y desventajas del teletrabajo, a las que remito para su consideración <sup>57</sup>.

Basta decir, en esta oportunidad, que esta forma de trabajar resulta atractiva y sumamente útil para la integración de todos los potenciales trabajadores, en tanto constituye una herramienta eficaz para diversos grupos de personas que, por razones de variada naturaleza, ven dificultada seriamente su inserción en el mundo laboral para trabajar del modo clásico; es decir, desplazándose hacia el establecimiento empresario: personas con capacidades diferentes, con responsabilidades familiares, personas privadas (obligatoria o voluntariamente) de su libertad, sea por razones de índole penal o de alguna clase de adicción; adultos mayores, jóvenes que desean compatibilizar la posibilidad de estudiar con la de un ingreso que les permita solventar su carrera, personas que residen en el campo o en lugares de lejanía o inaccesibilidad con los centros urbanos. Con todo lo que ello implica, para todo teletrabajador en general en materia de ahorro de tiempos y costos, al igual que para el empleador. La mejora en la contaminación ambiental, la baja del consumo energético y la reducción de problemas de tránsito se colocan, también, entre las indiscutibles ventajas que ofrece esta moderna manera de producir. Es decir, todo lo que representa el lado más luminoso que se deja ver mediante el empleo de las nuevas TIC.

Sin embargo, este modo de llevar a cabo la tarea entraña riesgos de toda clase para el prestador de tareas y para su entorno convivencial, en cuanto al uso inapropiado de los tiempos y de las herramientas utilizadas, que puede traducirse en cierta dependencia (y hasta una verdadera adicción) al uso ilimitado de los tiempos y de los dispositivos electrónicos; la consabida difuminación entre lo

<sup>57</sup> CAPARRÓS, Fernando J., “Ámbito personal del derecho del trabajo. Nuevas fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente en la Argentina”, ponencia oficial presentada ante el Congreso Regional “El Estado de la Ciencia del Derecho en América Latina”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 5 y 6/2013, ps. 1-87, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/2013-fernando-caparros-ambito-personal-derecho-trabajo.pdf> (consultado el 19/03/2021).

privado y lo laboral, lo familiar y lo funcional, el tiempo de descanso y el ocio, por un lado, y, por el otro, el de trabajo<sup>58</sup>.

El aprovechamiento de las nuevas TIC, por parte de las empresas, para la explotación de trabajadores transnacionales en condiciones sensiblemente diversas en orden al cumplimiento de los principios y derechos inherentes al trabajo decente y que proporciona ventajas indebidas que los colocan en una situación de *dumping social* frente a sus competidores. Todo lo cual “plantea muchos interrogantes como: ¿qué legislación laboral debería aplicarse, la del país en la que se encuentra el empleador o la de donde trabaja el teletrabajador? ¿Qué impacto tendría en pilares del trabajo decente, como la libertad sindical y de asociación, la representación colectiva, los regímenes de seguridad social y el diálogo social en general, puesto que la mano de obra estaría dispersa por diferentes países —e incluso regiones— con diferentes leyes laborales? No son cuestiones puramente hipotéticas; el trabajo participativo y el trabajo en plataforma en el consumo colaborativo ya incluyen las modalidades de colaboración, que cubren a países e incluso continentes, que también facilitan la tecnología y el teletrabajo. Sin embargo, esta posibilidad es menos probable en el teletrabajo convencional, que consiste en el trabajo realizado por trabajadores regulares fuera de los locales de su empleador”<sup>59</sup>. Es decir, todo lo que representa el lado más oscuro que se deja ver mediante el empleo de las nuevas TIC.

## 10. PROTECCIÓN NORMATIVA

¿Con qué clase de protección normativa se cuenta, hoy, para tutelar el teletrabajo?

En primer término, y en lo que hace a las normas internacionales del trabajo, cabe recordar que el Consejo de Administración de OIT, estableció cuatro convenios “de gobernanza o prioritarios”, dada su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales, que fueron identificados por la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa (2008) como las “normas que revisten la mayor importancia desde el punto de vista de la gobernanza” y entre los que se cuentan aquellos que se vinculan a la inspección del trabajo, 1947 (nro. 81, así como su Protocolo de 1995), a la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (nro. 144) y a la política del empleo, 1964 (nro. 122). En ese marco, resulta necesario implementar mecanismos de inspección eficaces, que se adecuen a la modalidad de la tarea desarrollada y, fundamentalmente, al ámbito donde se lleva a cabo, en

<sup>58</sup> “Si bien ciertos avances tecnológicos recientes como el teletrabajo y el trabajo móvil (T/TICM) crean una mayor autonomía, también parecen estar asociados con una mayor intensidad de trabajo, ya que difuminan los límites entre el lugar de trabajo y el hogar, y entre el tiempo dentro y fuera del trabajo” (OIT, “Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”, Ginebra, 2017, p. 22).

<sup>59</sup> OIT, “Las dificultades…”, ob. cit.

los que la administración pública (centralizada y descentralizada) lleve a cabo un papel decisivo; y en relación con los cuales los sindicatos cumplan con la inestimable ayuda en la tarea, en tanto son quienes se encuentran en mejores condiciones para detectar con mayor rapidez y precisión los problemas que se presentan a diario en el ámbito de sus respectivas competencias estatutarias.

Dentro de este marco, se sugiere “[i]nvolucrar a los interlocutores sociales en la concepción y aplicación del teletrabajo, de conformidad con los principios del Convenio sobre la negociación colectiva de 1981 (núm. 154)”<sup>60</sup>.

Y, en lo que respecta a la política de empleo, se hace hincapié en que los “responsables de la elaboración de políticas pueden considerar también las siguientes medidas para ayudar a fomentar un entorno propicio para el teletrabajo tanto en las empresas privadas como en las organizaciones públicas: Supervisar y evaluar la adopción de los incentivos financieros propuestos, así como el impacto de los esfuerzos desplegados en materia legislativa durante las etapas iniciales de la pandemia, aprender de estas enseñanzas y seguir avanzando sobre la base de los éxitos a fin de brindar un mejor apoyo a los empleadores para implementar el teletrabajo de manera efectiva. Si aún no lo han hecho, las autoridades nacionales deberían revisar sus planes operativos para hacer frente a la pandemia de COVID-19 en lo que respecta a la prevención y mitigación de las repercusiones sociales de la crisis, el teletrabajo y las esferas que pueden afectar de manera desproporcionada a los grupos vulnerables, como las mujeres, los ancianos, las personas con discapacidad, los migrantes, las familias monoparentales, etc. Diálogo social: Por último, pero no menos importante, es imperativo que los responsables de la elaboración de políticas hagan participar a los interlocutores sociales de las evaluaciones de las enseñanzas que pueden extraerse de la fase actual de la pandemia en lo que respecta a la forma en que la dirección y los trabajadores hicieron la transición al teletrabajo, y que luego utilicen esas experiencias para ajustar, según sea necesario, las políticas de teletrabajo existentes o iniciar nuevas políticas”<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> OIT, “El teletrabajo durante…”, ob. cit., documento en el que se cita el ejemplo francés de mediados de mayo de 2020, a través de la declaración conjunta elaborada por la Confederación Democrática del Trabajo de Francia, la Confederación Francesa de Trabajadores Cristianos y la Unión Nacional de Sindicatos Autónomos, a fin de “proporcionar una hoja de ruta para el futuro del teletrabajo en Francia” y a través de la cual se enfatiza en la necesidad del “diálogo social de calidad entre empleadores y trabajadores, y que el teletrabajo debe basarse en un estatuto o un acuerdo; que cuando las organizaciones pongan en marcha un teletrabajo más frecuente y ocasional, también deberán replantearse la forma en que se organiza el trabajo; que cada puesto de trabajo debe ser considerado en cuanto a su compatibilidad con el teletrabajo, y cuando se creen nuevos roles, el teletrabajo debe ser integrado; que la naturaleza voluntaria del teletrabajo debe ser garantizada; que la digitalización y las cuestiones de salud y seguridad deben ser consideradas; que las medidas anteriores deben tener en cuenta también la situación específica de los trabajadores con discapacidades; que las organizaciones necesitan invertir en los materiales y los procesos necesarios para un teletrabajo eficaz y para garantizar que los trabajadores dispongan de la mayor calidad posible de teletrabajo”.

<sup>61</sup> Ibid.

Dada la ausencia de instrumentos normativos internacionales del trabajo que se ocupen de manera directa sobre la teleactividad, y sin que esto implique un consenso generalizado, existen varios documentos elaborados como resultado del diálogo social, junto a las voces más calificadas en materia de normas internacionales, que parecen coincidir en la aplicabilidad de algunos convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, en el seno de la OIT, tales como el convenio 177 sobre el trabajo a domicilio (1996), la recomendación 184 sobre el trabajo a domicilio (1996), dada su pertinencia para el teletrabajo a domicilio<sup>62</sup>. En cambio, la OIT sí ha adoptado convenios y recomendaciones referidos al trabajo a distancia, en relación con el cual, “estaría especialmente vinculados, el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175), el Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177), el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), el Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184), la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los invalidos, 1955 (núm. 99), la Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, 1965 (núm. 123), la Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 165), la Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184) y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191). Sin perjuicio de la aplicación de los convenios fundamentales (...) que por su naturaleza amparan, en principio de modo universal, a todos los trabajadores”<sup>63</sup>. En sentido similar, se sostiene que existen convenios y recomendaciones de la OIT “con implicaciones para el teletrabajo”<sup>64</sup>, agregándose, a la lista volcada precedentemente, los siguientes instrumentos: Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164), Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206), Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190), Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154) y Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183).

<sup>62</sup> DI MARTINO, “The high road to teleworking”, OIT, Ginebra, 2001, p. 107, cit. en OIT, “Las dificultades...”, ob. cit.

<sup>63</sup> “Informe sobre la comparecencia...”, ob. cit.

<sup>64</sup> HATAYAMA et al., 2020, OIT 2020h, cit. en OIT, “El teletrabajo durante...”, ob. cit.

## 11. LAS LEGISLACIONES NACIONALES Y LA LEY ARGENTINA DE TELETRABAJO

Existen varios ejemplos de legislaciones nacionales que abordaron el trabajo llevado a cabo mediante las nuevas TIC (algunas de ellas, adoptadas durante la pandemia generada por el COVID-19)<sup>65</sup>. Ellos son:

- En Chile, la ley 21.220<sup>66</sup> modifica el código del trabajo en materia de trabajo a distancia, incorporando a este último el art. 152 quater G, que prescribe lo siguiente: “Las partes podrán pactar, al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, la que se sujetará a las normas del presente Capítulo”.

- En Colombia, se sancionó la ley 1221<sup>67</sup>, por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo “como un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC)” (art. 1º).

- En Costa Rica, la ley para regular el teletrabajo<sup>68</sup> “tiene como objeto promover, regular e implementar el teletrabajo como un instrumento para la generación de empleo y modernización de las organizaciones públicas y privadas, a través de la utilización de tecnologías de la información y comunicación” (art. 1º).

- En El Salvador, fue aprobada por la Asamblea Legislativa y publicada en el Diario Oficial, la Ley de Regulación del Teletrabajo para “las relaciones de trabajo entre trabajadores, empleadores públicos y privados” (art. 2º)<sup>69</sup>.

- En Perú, la ley 30.036, en el art. 1º establece que “tiene por objeto regular el teletrabajo, como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), en las instituciones públicas y privadas, y promover políticas públicas para garantizar su desarrollo”<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> No es la finalidad propuesta en el presente trabajo realizar un análisis de los diversos regímenes legales. De allí que, simplemente, me limite a mencionarlos y a destacar alguna característica. Análisis que sí realizo, en cambio, en el caso de la ley argentina.

<sup>66</sup> Diario Oficial nro. 42.615, del 26/03/2020, p. 1, disponible en <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2020/03/26/42615/01/1745536.pdf> (consultado el 21/03/2021).

<sup>67</sup> Diario Oficial nro. 47.052, del 16/07/2008, disponible en [https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703\\_documento.pdf](https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf) (consultado el 21/03/2021).

<sup>68</sup> Dec. leg. 9738; Alcance nro. 211 A, La Gaceta nro. 184, Año CXLI, San José, Costa Rica, 30/09/2019, disponible en <http://reventazon.meic.go.cr/informacion/gaceta/2019/setiembre/9738.pdf> (consultado el 21/03/2021).

<sup>69</sup> Dec. leg. 600, disponible en <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/384052FA-7820-4835-A5F9-AF8150684D71.pdf> (consultado el 21/03/2021).

<sup>70</sup> BO del 05/06/2013, 496509/496510, disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-el-teletrabajo-ley-n-30036-946195-3/> (consultado el 21/03/2021).

- En Bélgica, el real decreto del 22/11/2006<sup>71</sup> que transita por los requisitos y características descriptos a lo largo del presente trabajo.

- En España, el real dec.-ley 28/2020<sup>72</sup>, de 22/09/2020, sobre trabajo a distancia, dispone: “Las relaciones de trabajo a las que resultará de aplicación el presente real decreto-ley serán aquellas en las que concurran las condiciones descritas en el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que se desarrolle a distancia con carácter regular. Se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (art. 1º). En tanto que las definiciones provienen del art. 2º: “A los efectos de lo establecido en este real decreto-ley, se entenderá por: a) ‘trabajo a distancia’: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular. b) ‘teletrabajo’: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. c) ‘trabajo presencial’: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa”.

- En Francia, la ley relativa al trabajo, la modernización del diálogo social y la protección de las trayectorias profesionales<sup>73</sup>, dedica el Título III, a la protección de las trayectorias profesionales y a la toma a cargo de las nuevas tecnologías digitales en el modelo social. reconociendo el derecho de los trabajadores a la desconexión y la reforma la normativa del teletrabajo.

- En Italia, la ley 81/2017<sup>74</sup>, entrada en vigor el 14/06/2017, a partir de su art. 18 regula el llamado “trabajo ágil” y procura incrementar la competitividad y facilitar la conciliación de los tiempos de vida y los laborales, cuando se emplean las herramientas propias de las nuevas TIC.

- En Polonia, la segunda sección del código de trabajo<sup>75</sup>, en el art. 67 regula el teletrabajo en el que se utilizan medios de comunicación electrónicos, a través de un acuerdo que se celebra con la intervención de la organización sindical respectiva y que debe contar con el consentimiento del trabajador.

<sup>71</sup> Gaceta Oficial del 01/12/2006, disponible en [https://fedweb.belgium.be/sites/default/files/2006-11-22\\_KB-AR\\_\(telewerk-teletravail\)\\_2017-07-13.pdf](https://fedweb.belgium.be/sites/default/files/2006-11-22_KB-AR_(telewerk-teletravail)_2017-07-13.pdf) (consultado el 21/03/2021).

<sup>72</sup> BOE del 23/09/2020, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/09/22/28/con> (consultado el 21/03/2021).

<sup>73</sup> Adoptada por la Asamblea Nacional francesa el 21/07/2016, disponible en [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista\\_ais/204/133.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/204/133.pdf) (consultado el 21/03/2021).

<sup>74</sup> Disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg> (consultado el 17/03/2021).

<sup>75</sup> Disponible en <https://prawo.money.pl/kodeks/pracy/dzial-drugi-stosunek-pracy/rozdzial-iib-zatrudnianie-pracownikow-w-formie-telepracy/art-67> (consultado el 17/03/2021).

- En la Argentina, la res. 595/2013 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social <sup>76</sup> creó el Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo (PROPET), cuyo objeto es promover, facilitar y monitorear la aplicación de la modalidad de teletrabajo en empresas del sector privado, a través de herramientas que brinden un marco jurídico adecuado para empleadores y teletrabajadores. En virtud de dicha resolución: “Las empresas interesadas en adherir al Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo (PROPET) deberán presentar ante la Coordinación de Teletrabajo o ante la Gerencia de Empleo y Capacitación Laboral, correspondiente a su domicilio, el Formulario de Solicitud de Incorporación al Programa, en el cual describirán las características principales de la empresa y de sus puestos de trabajo, y fundamentarán su interés por aplicar la modalidad de Teletrabajo” (art. 5º). Asimismo, han existido y existen experiencias llevadas a cabo en nuestro país, tanto en el ámbito público, como en la actividad privada, producto de las normas estatales y de las propias de la negociación colectiva <sup>77</sup>.

Ahora bien, luego de varios intentos fallidos por legislar sobre el teletrabajo, se sancionó la ley 27.555 <sup>78</sup>. Ya desde su título [“Régimen legal del *contrato* <sup>79</sup> de teletrabajo”] la ley evidencia —más allá de sus buenas intenciones y de la utilidad de algunos de los institutos que consagra— errores conceptuales, una técnica legislativa deficiente y un lenguaje confuso. La ley erige en “contrato” al teletrabajo, siendo que se trata, simplemente, de un modo de prestar tareas mediante el empleo de las nuevas TIC, con los atributos que han sido analizados a lo largo del presente trabajo. Insisto, el teletrabajo no es una “modalidad contractual” (art. 2º), sino una modalidad de prestación de tareas a través de las nuevas TIC, que puede verificarse, tanto en una relación de trabajo asalariado, cuando en una relación de autonomía laboral. De allí que resulte un despropósito consagrar al teletrabajo en un “contrato” modal, incorporando esa figura como art. 102 bis LCT. Y, con tanta mayor razón, si lo que se hace en dicho artículo es remitir, en definitiva, a “los términos de los artículos 21 y 22” de dicho cuerpo legal, que no son otra cosa que las figuras jurídicas del contrato de trabajo y de la relación de trabajo, respectivamente. ¿Qué dirán nuestros tribunales en sus sentencias? ¿Que se trata de un contrato o de una relación de trabajo distinta de aquellas que contemplan los arts. 21 y 22 de la LCT, o bien, una de sus modalidades contractuales? ¿Dirán, en cambio, que se trata de una forma diferente de prestar tareas, que requiere una regulación especial como la que aquí se critica? El tiempo lo dirá.

<sup>76</sup> Del 01/07/2013, publicada en el BO del 05/07/2013, p. 19.

<sup>77</sup> Algunas de las cuales he reseñado en “Ámbito personal del Derecho del Trabajo. Nuevas fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente en la argentina”, loc. cit.

<sup>78</sup> Promulgada mediante el dec. 673/2020, del 14/08/2020.

<sup>79</sup> El destacado me pertenece.

El art. 4º exige que “[l]a jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el *contrato de trabajo*”, lo que indica que el contrato, en sí mismo, deberá celebrarse, necesariamente bajo la forma escrita, en lugar de respetar la regla de libertad de formas consagrada en el art. 48 LCT y exigir la forma escrita para aspectos particulares o a resultas de lo que determinen las convenciones colectivas de trabajo. Debo recordar que el Manual de Buenas Prácticas recomienda: “6.5. Contrato individual En el caso de los teletrabajadores no cubiertos por convenios es recomendable celebrar un contrato individual entre la empresa y el teletrabajador. Tratándose de teletrabajadores cubiertos por convenios, las condiciones mencionadas a continuación seguramente serán negociadas e incorporadas al convenio colectivo que corresponda”. Creo que la exigencia de que las “plataformas y/o software utilizados por el empleador”, en torno de la jornada, impidan “la conexión fuera de la misma”, soslaya la posibilidad de que pueda presentarse alguna contingencia que se verifique “en caso de peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa” (art. 89, LCT); o bien, en supuestos de “peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa” (art. 203, LCT). Bastaba, según entiendo, con disponer (como lo hace el art. 5º de la ley 27.555), el derecho a la desconexión. El decreto reglamentario mitiga, solo en parte, la rigidez del artículo legal, al abrir la excepción a la desconexión, “[c]uando la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios o en aquellos casos en que resulte indispensable por alguna razón objetiva, se admitirá la remisión de comunicaciones fuera de la jornada laboral”. La reglamentación permite que “[e]n todos los supuestos, la persona que trabaja no estará obligada a responder hasta el inicio de su jornada, salvo que concurren los supuestos contenidos en el artículo 203 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976)”.

El art. 6º (de confusa redacción) establece que, en los supuestos de teletrabajadores que tengan a su cargo “tareas de cuidado”, estos “tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada”. Para luego agregar: “Cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la ley 23.592. Mediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho”. Así como está expresado, parecería tratarse de un derecho no bifronte que no admite injerencia alguna por parte del empleador y que solo permite a los convenios colectivos el tratamiento específico de este derecho. Sin embargo, resulta útil tomar en consideración lo expresado por la OIT<sup>80</sup> que, luego de analizar las tareas de cuidados y responsabilidades familiares, apela al “equilibrio” entre la vida laboral y la vida privada o familiar y al “acuerdo” entre trabajadores y empleadores, proponiendo: “Los directivos no

<sup>80</sup> OIT, “El teletrabajo...”.

solo se enfrentan al desafío de que todo su equipo trabaje desde diferentes lugares, sino también a tener que *ponerse de acuerdo con los trabajadores sobre horarios de trabajo individuales para poder cumplir con sus responsabilidades de cuidado*. El personal directivo tiene un papel fundamental en el apoyo a los trabajadores y en la mitigación del impacto perjudicial del exceso de trabajo en su salud y bienestar. Estos objetivos pueden alcanzarse si se comunica de forma eficaz expectativas realistas, se establecen plazos alcanzables en los que se tenga en cuenta el contexto sumamente inusual en el que se desarrolla actualmente el teletrabajo y se asegure al mismo tiempo la continuidad de las actividades y el nivel de rendimiento requerido”. El modo en que el art. 6º regula la jornada de trabajo para los teletrabajadores que tienen a su cargo tareas de cuidado, incluida su interrupción, como un derecho ilimitado que parte de la unilateralidad del prestador de tareas, no parece el que más se adecue a tales sugerencias. En el mismo documento, la OIT recomienda “[i]ncluir directrices para la adopción de decisiones relativas a la protección de los grupos vulnerables dentro de la fuerza laboral, como los trabajadores con problemas de salud subyacentes, los trabajadores de edad avanzada, que pueden correr un mayor riesgo de desarrollar problemas de salud graves, los trabajadores que comparten el hogar con una persona que tiene problemas de salud subyacentes, y las mujeres, que probablemente asumen de manera desproporcionada la responsabilidad de la prestación de los cuidados en caso de cierre de las escuelas o las instalaciones de cuidado (OIT, 2020a). Las trabajadoras embarazadas y las madres que han dado recientemente a luz son particularmente vulnerables durante cualquier crisis de salud; por lo tanto, los empleadores deben cumplir con el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) de la OIT y el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) y las recomendaciones conexas”<sup>81</sup>.

El art. 15 prevé el “Sistema de Control y Derecho a la Intimidad”, estableciendo que “[l]os sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio”, omitiendo, por completo, poner en conocimiento previo de la autoridad de aplicación la existencia de dichos sistemas. La cláusula analizada se alinea, así, a la muy lamentable modificación introducida por la ley 27.322 al art. 71 de nuestra LCT, a la que me he referido en otra oportunidad<sup>82</sup>. Recién en el art. 18 y de manera tangencial, el legislador ordena al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación llevar un registro ante el cual deberán inscribirse “las empresas que

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> CAPARRÓS, Fernando J., “Capítulo VII, De los derechos y deberes de las partes”, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) – SFORSINI, María Isabel (coord.), Ley de Contrato de Trabajo comentada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 2<sup>a</sup> ed. act., t. I.

desarrollen esta modalidad, acreditando el *software* o plataforma a utilizar y la nómina de las personas que desarrollan estas tareas, las que deberán informarse ante cada alta producida o de manera mensual. Esta información deberá ser remitida a la organización sindical pertinente”, pero sin precisar cuál sería la finalidad de la mentada acreditación de “*software* o plataforma a utilizar”.

En cuanto a la inspección, el mismo art. 15 regula: “La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales relativas a las tareas cumplidas bajo la modalidad del teletrabajo se ejercerá conforme a lo establecido por el Título III, Capítulo I, sobre inspección del trabajo de la ley 25.877 y sus modificatorias <sup>83</sup>. Toda inspección de la autoridad de aplicación, de ser necesaria, deberá contar con autorización previa de la persona que trabaja”. En primer lugar, el punto de la fiscalización lo centra en el “cumplimiento de las *disposiciones legales y convencionales relativas a las tareas cumplidas* bajo la modalidad del teletrabajo”, sin referencia alguna al derecho del teletrabajador a solicitar visitas de inspección <sup>84</sup> y sin mención de ninguna clase, a lo largo de todo el articulado, a la expresión que la OIT sugiere emplear de “seguridad y salud en el trabajo”, en línea con lo que contempla el convenio 187 (sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006), y sobre la que tuve oportunidad de expedirme en este mismo trabajo (punto 8.6.). De hecho, la palabra “salud” no es mencionada en ninguna cláusula de la ley. El art. 14 se refiere a la “higiene y seguridad laboral”, “con el objetivo de brindar una protección adecuada a quienes trabajen bajo la modalidad laboral del teletrabajo”, pero sin decir en qué consiste la “protección adecuada”, orientándose, eso sí, a incluir “enfermedades causadas por esta modalidad laboral dentro del listado previsto en el artículo 6º, inciso 2, de la ley 24.557” (Ley de Riesgos del Trabajo). El decreto reglamentario, al referirse a este artículo, tampoco lo reglamenta, limitándose a decir que “la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, organismo descentralizado actuante en el ámbito del citado Ministerio, deberá elaborar un estudio sobre las condiciones de higiene y seguridad aplicables y de la eventual necesidad de incorporar al listado previsto en el artículo 6º, inciso 2 de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, las enfermedades profesionales relativas a la modalidad laboral del teletrabajo, conforme el procedimiento previsto en la mencionada norma”.

La ley argentina, al definir el contenido de su articulado, no tuvo en consideración el concepto de teletrabajo delineado por el “Manual de buenas prácticas en teletrabajo” <sup>85</sup>, ni por los organismos dedicados a su estudio como, por ejemplo, la OIT <sup>86</sup>, que ha recogido, en los últimos treinta años, la opinión más

<sup>83</sup> Ley 25.877, que no tiene una sola mención al teletrabajo.

<sup>84</sup> OIT, “Manual…”, ob. cit., punto 6.10.7.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> OIT, “Conditions of Work Digest on Telework”, vol. 9, 1, 1990, OIT, Ginebra, p. 3; citado por DI MARTINO, Vittorio, “Proyecto nro. 102374…”, ob. cit.; OIT, “El camino…”, ob. cit.

calificada de los especialistas. Además, la ley ha soslayado varios de los atributos tenidos en consideración para la elaboración de un concepto apropiado y para darle a sus cláusulas un contenido que se ajuste a tales propiedades que son las que, hoy por hoy, lo cualifican.

Me limito a decir, aquí, que la ley contempla, el goce de “los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial” (art. 3º); una “jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos” (art. 4º); el “derecho a la desconexión digital” (art. 5º); las personas con responsabilidades en el cuidado “de personas menores de trece [13] años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica”, atribuyéndoles el “derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada” (art. 6º); la voluntariedad de esta clase de prestación (art. 7º); la reversibilidad “en cualquier momento de la relación” (art. 8º); la provisión de “equipamiento —hardware y software—, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las mismas, o la compensación por la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja” (art. 9º; la compensación de gastos (art. 10); la capacitación (art. 11); el goce de “todos los derechos colectivos” (art. 12); la “representación sindical”, que “será ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios, en los términos de la ley 23.551” (art. 13); el deber de la autoridad de aplicación de dictar “las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo con el objetivo de brindar una protección adecuada a quienes trabajen bajo la modalidad laboral del teletrabajo. El control del cumplimiento de esta normativa deberá contar con participación sindical” (art. 14); la participación sindical en “los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador (...) a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio” (art. 15); la protección de la información laboral (art. 16); y las normas a aplicar: “[c]uando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo” (art. 17).

Después de referencias y remisiones de toda clase, finalmente, se dictó la res. MTEYSS 54/2021, de fecha 03/02/2021<sup>87</sup>, que dispone que la referida ley “entrará en vigencia el 1º de abril del 2021” (art. 1º).

El dec. 27/2021<sup>88</sup> aprueba la reglamentación al mencionado régimen legal, mediante el Anexo que forma parte integrante del referido decreto y, quizás por lo dicho en el art. 102 bis LCT que incorpora la ley (“Las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva res-

<sup>87</sup> BO del 05/02/2021.

<sup>88</sup> BO del 20/01/2021.

petando los principios de orden público establecidos en esta ley”) ha dejado sin reglamentar varios artículos, a saber: art. 2º - Del Contrato de Teletrabajo; art. 3º - Derechos y obligaciones; art. 4º - Jornada laboral; art. 7º - Voluntariedad; art. 11 - Capacitación; art. 12 - Derechos colectivos; art. 16 - Protección de la Información Laboral; y art. 17 - Prestaciones transnacionales. En primer lugar, resulta ininteligible qué significa respetar “los principios de orden público establecidos en esta ley”, porque no se indica cuáles son, ni a qué se quiere referir el legislador. En todo caso, más hubiera valido referirse a “los presupuestos legales mínimos” a los que alude el art. 102 bis que resultan de “orden público”. Por otra parte, dejar librado a la negociación colectiva las regulaciones específicas, es una fórmula laxa que deja en manos de los actores sociales todo aquello que no se encuentre reglamentado. Creo que el Poder Ejecutivo Nacional ha desperdiciado una oportunidad magnífica de recoger en la reglamentación buena parte de los atributos y requisitos que se recomiendan en el Manual de Buenas Prácticas elaborado con la asistencia técnica de la OIT, como modo de homogeneizar el contenido de esta particular prestación, para dejar, entonces sí, en manos de los sujetos colectivos las singularidades que caracterizan a cada actividad.

## CONCLUSIÓN

La fuerza con la que ha irrumpido el teletrabajo en los sistemas productivos preexistentes, ha sido potenciada y acelerada, sin dudas, por la pandemia de COVID-19 que se ha extendido a lo largo y a lo ancho de todo el mundo desde diciembre de 2019, y que obligara a buena parte de su población laboralmente activa a recurrir al teletrabajo, no siempre en las condiciones que es dable exigir para implementar esta modalidad laboral y, menos aún, para hacerla extensiva a cualquier persona, sin la previa formación y la capacitación indispensables, y sin la voluntaria adhesión que, en épocas de normalidad presencial debe exigirse. Como quiera que sea, hoy, son cientos de millones de personas en el mundo que practican la telelaboralidad y a las que el derecho del trabajo debe brindarle la protección necesaria.

Hoy y aquí, no debemos perder de vista que “sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión solo impuesta por el art. 14 bis [de nuestra Constitución Nacional], sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22)”<sup>89</sup> como punto de partida para interpretar y aplicar las normas generales y especiales que correspondan a esta modalidad especial de trabajo, pero en la inteligencia de que “los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión

<sup>89</sup> CS, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos c. AMSA SA s/despido”, Fallos 327:3677.

insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último”<sup>90</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario E. (dir.) - SFORSINI, María Isabel (coord.), “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 2<sup>a</sup> ed. act., t. I.
- Acuerdo Marco Europeo firmado el 16/07/2002, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131> (consultado el 05/03/2021).
- Asociación Internacional de Centros de Teleservicio Locales; citada en “Teletrabajo Impacto de las Nuevas Tecnologías en la Organización del Trabajo”, Centro de Investigación y Documentación sobre problemas de la Economía, el Empleo y las Cualificaciones Profesionales, Colección: *Cuadernos de Trabajo - Formación, Empleo, Cualificaciones*, nro. 22, Donostia-San Sebastián, abril 1997.
- Boletín Oficial del Estado nro. 253, del 23/09/2020, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/09/22/28/con> (consultado el 21/03/2021).
- Boletín Oficial del 05/06/2013, 496509/496510, disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-el-teletrabajo-ley-n-30036-946195-3/> (consultado el 21/03/2021).
- CAPARRÓS, Fernando J., “Ámbito personal del derecho del trabajo. Nuevas fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente en la Argentina”, ponencia oficial presentada ante el Congreso Regional “El Estado de la Ciencia del Derecho en América Latina”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 5 y 6/06/2013, ps. 1-87, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/2013-fernando-caparros-ambito-personal-derecho-trabajo.pdf> (consultado el 19/03/2021).
- COMITÉ CONSULTIVO AUSTRALIANO DE TELETRABAJO, “Telework for Australian employees and businesses: Maximising the economic and social benefits of flexible working practices”. Informe del Comité Consultivo Australiano de Teletrabajo presentado al Gobierno Australiano (2006).
- CS, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos c. AMSA SA s/despido”, Fallos 327:3677.
- Decreto legislativo 600, disponible en <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/384052FA-7820-4835-A5F9-AF8150684D71.pdf> (consultado el 21/03/2021).
- Decreto legislativo 9738; Alcance nro. 211 A, *La Gaceta* nro. 184, año CXLI, San José, Costa Rica, 30/09/2019, disponible en <http://reventazon>.

<sup>90</sup> Ibid.

- [meic.go.cr/informacion/gaceta/2019/setiembre/9738.pdf](http://meic.go.cr/informacion/gaceta/2019/setiembre/9738.pdf) (consultado el 21/03/2021).
- DI MARTINO, Vittorio, “Proyecto nro. 102374, Puesta en marcha del teletrabajo. El teletrabajo en América Latina y el Caribe”, Ginebra, septiembre de 2004; disponible en <https://es.scribd.com/document/330746271/EL-TELETRABAJO-EN-AMERICA-LATINA-Y-EL-CARIBE-pdf> (consultado el 29/05/2021).
- Diario Oficial nro. 47.052, de fecha 16/07/2008, disponible en [https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703\\_documento.pdf](https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf) (consultado el 21/03/2021).
- Diario Oficial nro. 42.615, del 26/03/2020, p. 1, disponible en <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2020/03/26/42615/01/1745536.pdf> (consultado el 21/03/2021).
- Documento temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros —Ginebra, 24-26/10/2016—, elaborado por el Departamento de Políticas Sectoriales de OIT.
- Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros, Ginebra, 24-26/10/2016.
- Estudio general relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo: “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2018.
- Gaceta Oficial de 01/12/2006, disponible en [https://fedweb.belgium.be/sites/default/files/2006-11-22KB-AR\\_\(telewerk-teletravail\)2017-07-13.pdf](https://fedweb.belgium.be/sites/default/files/2006-11-22KB-AR_(telewerk-teletravail)2017-07-13.pdf) (consultado el 21/03/2021).
- GAN, Vicky, “The Invention of Telecommuting, Bloomberg CityLab”, 01/12/2015, disponible en <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-12-01/what-telecommuting-looked-like-in-1973> (consultado el 20/03/2021).
- III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, celebrado en Madrid el 08/06/2015 entre por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y de otra por las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras (CC.OO.) y de la Unión General de Trabajadores (UGT).
- Informe Auroux. La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia, MTSS, Madrid, 1983, disponible en: <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/auroux.pdf> (consultado el 01/03/2021).
- Informe sobre la comparecencia de la Sra. Carmen Bueno, especialista en seguridad y salud en el trabajo y Sr. Humberto Villasmil Prieto, especialista en normas internacionales del trabajo y relaciones laborales de la OIT, ante la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de La Cámara de Diputados de

- la República de Chile, disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-americas/-/-ro-lima/-/-sro-santiago/documents/genericdocument/wcms\\_737001.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-americas/-/-ro-lima/-/-sro-santiago/documents/genericdocument/wcms_737001.pdf) (consultado el 13/03/2021).
- Ley adoptada por la Asamblea Nacional francesa el 21/07/2016, disponible en [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista\\_ais/204/133.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/204/133.pdf).
- MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información”, Ed. Lex Nova, Sevilla, 2002, 1<sup>a</sup> ed., p. 78.
- MESSENGER, Jon C. - GSCHWIND, Lutz, “Three generations of telework: New ICT and the (r)evolution from home office to virtual office”, *New Technology, Work and Employment*, 2016. 31-3, disponible en <http://adapt-it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2017/07/IL156.pdf> (consultado el 20/03/2021).
- NILLES, Jack M., “The Telecommunications-Transportation Tradeoff”, 1973.
- OIT, *Conditions of Work Digest: on Telework*, vol. 9, 1, 1990, OIT, Ginebra p. 3.—, “El camino hacia el teletrabajo Respuestas a las preguntas de hoy”, *Trabajo*, nro. 38, enero/febrero 2001.
- , “El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella”, *Guía práctica Oficina Internacional del Trabajo*, OIT, Ginebra, 2020.
- “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, Conferencia Internacional del Trabajo 107.A, Reunión, 2018; Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones.
- , “Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 2017.
- , “Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros”.
- , “Manual de buenas prácticas en teletrabajo”, Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, Buenos Aires, 2011, 1<sup>a</sup> ed.
- PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco - THIBAULT ARANDA, Javier, “El teletrabajo en España”, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- SUPIOT, Alain, “Derecho del trabajo”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008.
- , “Homo juridicus”, Ed. Siglo XXI, Villa Ballester, 2007.

Recepción: 18/04/2021.

Aceptación: 10/05/2021.



**REFLEXIONES SOBRE DERECHOS LABORALES BÁSICOS,  
ORDEN PÚBLICO LABORAL, GARANTÍAS CONSTITUCIONALES  
Y DESEMPLEO ESTRUCTURAL. PUNTOS DE PARTIDA  
PARA PENSAR PROPUESTAS NORMATIVAS TENDIENTES A  
AUMENTAR EL EMPLEO EN NÚMERO Y CALIDAD**

Por MIGUEL ÁNGEL MAZA \*

**Resumen:**

*Frente a un problema económico social grave y persistente como es el desempleo, se propone evaluar la viabilidad de un régimen especial de empleo para las más pequeñas unidades empresariales, las microempresas, con el objetivo de incentivar a ese tipo de organizaciones a contratar empleados cuando no los tengan o a aumentar sus planteles. Para tal propuesta se analiza la regla constitucional de la igualdad de trato, los estándares de derechos sociales derivados del art. 14 bis de la CN, los antecedentes nacionales en materia de estatutos particulares de trabajo y la incidencia de los trámites de registro y gestión del empleo dependiente a cargo de los empleadores. Especialmente se procura hacer foco en la dramática situación que viven cientos de miles de habitantes del país que sufren el flagelo del desempleo estructural y a los que el régimen jurídico de relaciones laborales hoy vigente no parece tener en consideración.*

**Palabras clave:**

*Desempleo, igualdad ante la ley, derechos sociales elementales, estatutos particulares de trabajo, microempresas.*

\* Abogado; doctor por la Universidad de Buenos Aires; profesor titular regular de la materia Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; actualmente desempeña el cargo de director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en esa casa de estudios; e-mail: miguelmaza@derecho.uba.ar.

REFLECTIONS ON BASIC LABOR RIGHTS, LABOR PUBLIC ORDER, CONSTITUTIONAL GUARANTEES AND STRUCTURAL UNEMPLOYMENT. STARTING POINTS TO THINK REGULATORY PROPOSALS TENDING TO INCREASE EMPLOYMENT IN NUMBER AND QUALITY

**Abstract:**

*Faced with a serious and persistent social economic problem such as unemployment, it is proposed to evaluate the viability of a special employment regime for the smallest business units, the micro enterprises, with the aim of encouraging this type of organizations to hire employees when they do not have them or to increase their facilities. For such a proposal, the constitutional rule of equal treatment, the social rights standards derived from art. 14 bis of the National Constitution, the national antecedents in matters of particular labor statutes and the incidence of the registration procedures and management of dependent employment in charge of the employers. Specifically, it seeks to focus on the dramatic situation experienced by hundreds of thousands of inhabitants of the country who suffer the scourge of structural unemployment and whom the legal regime of labor relations in force today does not seem to take into account.*

**Keywords:**

*Unemployment, equality before the law, elementary social rights, particular labor statutes, micro enterprises.*

## INTRODUCCIÓN

Los juristas especializados en el derecho del trabajo y la seguridad social somos, en general, con pocas y honrosas excepciones que han incursionado en el terreno de la función pública, meros teóricos inclinados a formular diagnósticos de la realidad y a realizar la crítica de las normas que los poderes políticos dictan, pero adolecemos como regla de propuestas normativas concretas y de recetas de política social adecuadas.

En tal sentido, considero que uno de los más importantes problemas que aquejan a nuestro país, a su sociedad y a sus habitantes es el desempleo que, más allá de resultar estructural desde hace años en nuestro país, resulta persistente. Este mal social, sobre todo desde las nocivas políticas económicas y sociales de la década de los 90<sup>1</sup>, ha estado siempre más cerca de los dos dígitos que de un

<sup>1</sup> En esa década, ante un giro hacia la economía de mercado, se produjeron dos grandes modificaciones en la estructura económica nacional y al nivel de las provincias: la reforma del Estado, que arrojó gran cantidad de agentes públicos al desempleo, y la privatización de las empresas estatales, a lo que siguió una drástica reducción del número de empleados de esos entes,

nivel idealmente aceptable, es decir inferior al 5% de la población económica activa.

Recordemos que 1980 cerró con un 2,6% de desempleo, trepando al año siguiente al 4,6%, nivel que se mantuvo estable hasta 1983, cuando se recuperó la democracia. Empero, en 1989, tras la crisis provocada por la hiperinflación, tal indicador se elevó al 7,6%; luego, merced a la reforma del Estado y la política de privatizaciones antes referida, se llegó al 9% en 1993, al 11,4% en 1994 y al 17,5% en 1995. Tras una leve baja, 15% en el año 2000, el indicador de desempleo volvió a subir al 17,4% al final del año 2001, con picos durante ese período del 21,5%; el año 2002 culminó con un 19,7% de desempleo; mientras que 2003, mostró una baja al 14,7%. A partir de entonces, comenzó una recuperación de los niveles de empleo que se tradujo en que 2013 cerró con el 6,4%, en 2014 el desempleo fue del 6,9% y en 2015 6,6%. El año 2016 registró un aumento para situar dicho indicador en el 7,6%, en 2017 el desempleo fue equivalente al 7,2% y 2018 cerró con el 9,1%, para culminar 2019 con un 8,9%. El informe del 23/09/2020 dado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos permite saber que al finalizar el segundo trimestre 2020, es decir al 30/06/2020, la tasa de desempleo es del 13,10%, lo que implica que aproximadamente 1.400.000 personas carecen de empleo, pese a buscarlo. Al cierre del año el Observatorio Social de la Universidad Católica Argentina estimó que la falta de ocupación afecta al 14,2% de la población económicamente activa.

Se trata, pues, de un problema social muy grave y preocupante pues, aún en los niveles más bajos que el país ha sufrido en los últimos 20 años, implica que entre 750.000 y 1.500.000 personas no consiguen el empleo que les permita lograr los ingresos económicos necesarios para participar de los bienes y servicios esenciales y relevantes para la vida, beneficios que la Constitución Nacional exige garantizar a todo habitante de esta nación. Gran parte de esas personas desempleadas tienen responsabilidades familiares, de manera que la proyección de esos efectos nocivos extiende su sombra sobre otros tantos hogares.

En mi opinión, más allá de la gelidez que poseen las cifras y las estadísticas, todo desempleo persistente debe incomodar e interpelar al gestor de la política social y los operadores del derecho deberíamos estar más involucrados en este tipo de problemas que afectan la vida de tantas personas y, peor aún, frustran desde el inicio mismo de sus porvenires las de muchas otras<sup>2</sup>. Es harto común escuchar y leer referencias a la “pérdida de la cultura del trabajo”, pero nuestro país ha naturalizado que cientos de miles y más de un millón de perso-

segregados mediante retiros negociados y despidos masivos. Además, la política económica de dicha época levantó las barreras aduaneras, favoreciendo un proceso de importación masivo que tuvo efectos nocivos sobre muchas empresas locales que, como corolario, también redujeron sus planteles o bien, lisamente, cerraron y desplazaron al desempleo a todo su personal.

<sup>2</sup> Estoy aludiendo a la frustración de los jóvenes —escolarizados, aprendices de oficios, técnicos y profesionales— que salen a la vida sin, paradójicamente, poder entrar al mundo del trabajo.

nas tengan que sobrevivir sin un trabajo con el que “ganarse la vida en buena ley”, por usar la expresión empleada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se expresara sobre el concepto de salario <sup>3</sup>.

Hay actualmente, como anticipé, en nuestro país cerca de 1.500.000 de personas que no consiguen empleo: no logran ingresar a su primer trabajo, han perdido el que tenían y no encuentran uno nuevo, aprenden un oficio o bien obtienen un título técnico o profesional y no hallan un trabajo subordinado en el que comenzar a desarrollarse ni obtienen por esa vía los medios para garantizarse a sí y sus familias una vida digna.

Pero no estaría suficientemente descripta la gravedad de la situación económica y social sin mencionar la clandestinidad, es decir, las personas que trabajan por cuenta ajena sin que les sea reconocida su relación laboral y, he aquí lo grave, sin estar registrados a los fines de la seguridad social <sup>4</sup>. Según el Indec, al final del segundo trimestre 2020, la tasa de trabajadores dependientes no registrados llegó al 23,8% <sup>5</sup>, mal que enferma la economía <sup>6</sup> y el empleo y al que debe añadirse el hecho probado a diario en los tribunales de todo el país de que un número relevante de empleadores abonan, en contratos de trabajo registrados, parte de las remuneraciones de manera clandestina. Por cierto, también debe añadirse a este cuadro a los cientos de miles de habitantes que se encuentran subempleados.

## 1. EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL FRENTE A ESTOS MALES ECONÓMICO-SOCIALES

Como dije, los juristas en las últimas décadas hemos visto y reconocido el flagelo del desempleo más la subocupación pero hemos rehuído el desafío de sugerir herramientas dirigidas a atacarlo o, cuando menos, a coadyuvar a tales fines <sup>7</sup>. El derecho de la seguridad social tiene mucho que decir en esta materia,

<sup>3</sup> Sentencia del caso “Pérez, Aníbal R. c. Disco SA”, del 01/09/2009.

<sup>4</sup> Situación que, en principio, los pone al margen de la protección de las leyes en materia de riesgos del trabajo, de jubilaciones y pensiones, de cobertura médica por las obras sociales, del eventual subsidio por desempleo, de las ayudas familiares o asignaciones familiares, etc., amén de que, en muchos casos, esa situación va acompañada del incumplimiento de su empleador de algunas de sus obligaciones (otorgamiento cabal de vacaciones anuales, pago de aguinaldos, licencias por enfermedad inculpable o por embarazo, etc.) y las personas sufrientes no se sienten en condiciones de exigirlas judicialmente por su precaria situación y la dificultad, en muchos casos, de demostrar la vinculación laboral.

<sup>5</sup> Fuente: sitio oficial Argentina.gob.ar, con base en la Encuesta Permanente de Hogares del MTEySS.

<sup>6</sup> Esto es así pues quien paga salarios total o parcialmente en forma clandestina debe tener ingresos de la misma naturaleza y que, por ende, no cuentan a los fines impositivos.

<sup>7</sup> En cambio, el trabajo clandestino ha sido materia de preocupación, reflexión y estudio por la comunidad jurídica e, incluso, los poderes políticos han hecho repetidos intentos por atacar esa situación. Ver, entre otras, la ley 24.013.

atenuando los terribles efectos de la falta de empleo<sup>8</sup> pero pienso que el derecho del trabajo también puede hacer una contribución para neutralizar una de las razones que, como enseguida explicaré, participan en la falta de suficiente creación de empleo en nuestro país.

Quiero aclarar expresamente que no ignoro que la creación de empleo no se incentiva, exclusivamente, con reglas de contratación y despido de trabajadores. En rigor, esta es una de las patas de un trípode formado, además, por una política tributaria de incentivos a la inversión productiva especialmente dirigida a las pequeñas y las medianas empresas, así como también por una política económica que incentive el consumo interno.

Siempre he pensado que, aun con las normas legales más blandas o flexibles, el empresario no contratará si no tiene necesidades productivas o de prestación de servicios<sup>9</sup> y que, a la inversa, aún con altos estándares protectores del trabajo dependiente, contratará cuando un mercado interno robusto y/o una exportación importante le hagan beneficioso aumentar su giro empresarial.

Pero, desde el punto de vista de la contribución que el derecho laboral argentino pueda hacer sobre esta problemática, creo que resulta imprescindible comenzar por un análisis de nuestra normativa y de sus efectos, reflexión que en nuestro suelo parece estar vedada por el miedo de quien se atreva a hacer, apenas, ese examen crítico, de sufrir la descalificación. Es que los argentinos nos habituamos a decir solo lo que luzca políticamente correcto y a cuidarnos de jamás expresar algo que roce siquiera lo políticamente incorrecto, lo que nos ha sumido en un estatismo intelectualmente nocivo.

Y tanto hemos cultivado ese proceder que nos censuramos a nosotros mismos todo pensar alternativo, nos vedamos poner en dudas nuestras ideas y revisar los dogmas que imperan como si fueran leyes de origen divino, incuestionables y exentas de cualquier revisión, y como si fueran una panacea útil en todo tiempo, lugar y circunstancia, con efectos infalibles. La experiencia de la vida evidencia que nada es inmutable y que normas útiles y justas en un tiempo pueden volverse estériles y hasta contraproducentes en otros momentos de un país.

Creo, a esta alguna de mi vida, que, aunque se corran esos riesgos es preciso hacerse preguntas tal vez tildables de políticamente incorrectas; que vale la pena esbozar, aunque para someterlas a la crítica analítica, esas otras ideas y es a eso que me atrevo en este ensayo: a especular sobre otro camino factible para la consecución de los fines del derecho del trabajo ante el fracaso de un modelo

<sup>8</sup> Y vale resaltar que solo desde fines de 1991 nuestro régimen jurídico ha previsto una prestación, escuálida y de breve duración, para la contingencia de desempleo, merced a la ley 24.013.

<sup>9</sup> Los años 90, marcados por una política de desenfadada flexibilidad laboral que, en muchos aspectos, fue una política de pérdida de derechos, es la evidencia más clara de que, aun con tal debilitamiento de los estándares de protección, los empresarios no crean empleo si las otras condiciones no se cumplen.

tal vez otrora exitoso pero que no parece dar respuestas en el nuevo mundo del siglo XXI.

Cuando valoro las cifras antes barajadas del desempleo, pero no con la frialdad porcentual sino como número de habitantes del país que sufren ese mal socioeconómico, pienso que nuestra normativa en materia de derecho del trabajo luce como una suerte de medicina que solo se otorga a los sanos, es decir, que se trata de un conjunto de normas aplicables a los que, afortunadamente, tienen un empleo formal y decente <sup>10</sup>, pero una medicina que olvida precisamente a los enfermos, los enfermos que sufren la falta de empleo, los enfermos que padecen la subocupación y los enfermos que soportan el empleo clandestino y precario.

Sin cuestionar la equidad y la justicia de nuestras normas de derecho del trabajo vigente, de las que estoy orgulloso como iuslaboralista, creo lícito y socialmente obligatorio preguntarme si esas reglas jurídicas están siendo útiles para terminar con el desempleo estructural o para reducirlo a los antiguos niveles menores al 5%, tolerables por cualquier sociedad.

Me pregunto si los médicos, cuando han ido hasta el final del camino terapéutico, se privan de pensar en otros tratamientos o si siguen dando más y más de la misma medicina a un paciente que muere. Eso siento que estamos haciendo: robustecer o defender un derecho del trabajo que solo se preocupa de quienes tienen un empleo, pero sin pensar alternativas dirigidas a los cientos de miles de personas que están fuera del empleo formal y de tiempo completo.

Soy abogado hace casi 40 años, trabajé otro tanto, ejercí la magistratura 30 años de mi vida y enseño el derecho del trabajo y la seguridad social desde un año antes de recibirme. Siento, pues, el deber moral de plantearme dudas, de reflexionar sobre alternativas de un derecho del trabajo protectorio pero que, además de pensar solamente en proteger a los que gozan de un empleo, también coadyuve a la inclusión tutelar de quienes no lo consiguen, de quienes trabajan en la clandestinidad y de quienes, contra su voluntad, están subempleados.

No voy a afirmar aquí que ese otro camino, ese que no parece posible de esbozar siquiera, sea acertado ni conducente, pues ningún convencimiento tengo. Solo quiero permitirme exponer algunas alternativas, otros caminos terapéuticos que puedan ayudar a mejorar sustancialmente las tasas de empleo, sin abandonar las garantías nacidas del principio protectorio resguardado, con fuerza de norma constitucional, por el art 14 bis y en tal sentido opino que deberíamos reconocerles voz a esos cientos de miles de habitantes de este país que no tienen un empleo y asimismo a los que no ganan los suficiente al hallarse subempleados, para que expresen qué sienten, qué piden, qué necesitan.

Es muy probable que nos digan que se sienten discriminados por el régimen jurídico, que les promete altos estándares de protección, pero para cuando consigan lo que no tienen; es factible que nos pidan que hagamos algo que ayu-

<sup>10</sup> Por usar el adjetivo acuñado por la OIT para calificar el tipo ideal de empleo esperable en una sociedad justa.

de a crear más oportunidades de empleo; que es posible que nos expresen que necesitan trabajar para ganarse la vida decentemente.

Pero hace décadas que, sin escucharlos ni tenerlos en cuenta, defendemos a capa y espada en jornadas, congresos y publicaciones un régimen jurídico protectorio útil solo para una parte de la población y desatendemos a esos miles que no tienen la suerte de poseer un empleo.

Me pregunto, entonces, si tenemos nosotros derecho, en aras de un casi religioso y místico respeto de una serie de principios que veneramos hace décadas, a decirles que deben soportar la falta de empleo, es decir la falta de ingresos económicos, en muchos casos la caída en la marginación social, para que sean miserables dignos y nosotros nos sintamos orgullosos de esos principios.

Pero deseo dejar en claro que estos dilemas que estoy planteando no me conducen a defender la flexibilidad laboral, como la que vivimos en los años 90, ni a postular la abrogación de nuestras normas tutelares del trabajo subordinado. No, lo que pretendo decir es que, cuando no hay respuesta a ciertos dilemas, un camino posible es, cuanto menos, comenzar por formular las preguntas que, tal vez, nos lleven más adelante a respuestas posibles.

## 2. ALGUNAS PREGUNTAS POSIBLES

En este camino entiendo que corresponde preguntarse si el régimen laboral vigente para la generalidad de las personas que trabajan por cuenta ajena, esencialmente la ley 20.744 de Contrato de Trabajo y sus modificatorias (desde ahora, LCT), y las normas complementarias de tal régimen, tiene incidencia en el alto nivel de desempleo, en el subempleo y en la clandestinidad laboral.

Como anticipé, estoy convencido de que hay otros factores, fuera del jurídico laboral, con peso específico para alimentar la resistencia de muchas micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) a contratar algún dependiente o a aumentar el plantel ya existente y/o a registrar debidamente a quienes ya trabajan para aquellas.

Sin embargo, según mi experiencia, sobre las mipymes gravitan relevantemente las exigencias complicadas de la registración y su relación mensual con la Administración Federal de Ingresos Públicos, el Sistema de Seguridad Social, las aseguradoras de riesgos del trabajo, las obras sociales y los sindicatos, y sienten un temor, que en general es más mítico que real y justificado pero que resulta psicológicamente paralizante, ante un sistema jurídico que los pueda poner en el trance de abonar aumentos salariales resultantes de convenios colectivos suscriptos fundamentalmente por grandes empresas que manejan costos muy distintos a los de este tipo de empresas o de tener que abonar lo que ven

como grandes sumas indemnizatorias ante supuestos discutibles de extinción del contrato <sup>11</sup>.

Y entonces la pregunta que, según creo, llegó el momento de hacernos es si resulta equitativo y conducente que exista un mismo régimen jurídico laboral para todo tipo de organizaciones empresarias, si es razonable que las reglas previstas para una gran empresa, nacional o transnacional, con miles de empleados y obreros, con estructuras administrativas y contables suficientes y adecuadas, y con suficiente capacidad económica y financiera sean las mismas para unidades empresarias medianas, pequeñas o muy pequeñas, con un número substancialmente inferior de dependientes, con un giro económico que, en comparación, resulta mínimo y, sobre todo, careciendo de tales herramientas administrativas, contables, económicas y financieras.

El cumplimiento de imposiciones registrales nacidas, por ejemplo, de la LCT y de la ley 11.544 de Jornada de Trabajo son de muy fácil cumplimiento para una gran empresa con la organización administrativa y contable consecuente; las complejas exigencias formales del régimen de riesgos del trabajo vinculadas a la prevención y la seguridad pueden ser factiblemente cumplidas por una gran empresa. Sin embargo, esas mismas obligaciones formales no resultan en los hechos igualmente sencillas de cumplir para empresas sin la estructura administrativa de las grandes organizaciones, y estoy aludiendo a comercios minoristas barriales, almacenes, farmacias, librerías, tiendas, bares, pequeños talleres mecánicos, herrerías artesanales, panaderías, la dueña o el dueño de un taxímetro particular, un/a abogado/a con un estudio jurídico personal, etc. La respuesta, desde el sentido común, es sencilla: no, esas obligaciones no pesan de igual manera.

Lo mismo podemos pensar sobre los costos económicos eventuales derivados de nuevos acuerdos colectivos que actualizan o mejoran los salarios o de extinciones contractuales como las que antes fueron aludidas. Quienes dirigen una gran empresa tienen el deber, propio de todo buen hombre de negocios, de formar y mantener reservas adecuadas para enfrentar contingencias económicas imprevistas, mientras que en la microempresa, en la pequeña empresa y en gran parte de las medianas organizaciones no solamente está ausente esa práctica previsora sino que, por añadidura, en general se ven impedidas de conformar esas reservas por el magro volumen de su giro económico y de las ganancias capitalizables.

Pese a que la respuesta desde el sentido común resulta fácil, no ocurre lo mismo desde el punto de vista jurídico pues a la tesis de que es posible regular

<sup>11</sup> No aludo con esto a los costos indemnizatorios de despidos decididos por las empresas sino a los que resultan de supuestos de conflictos individuales en los que los trabajadores se consideran injuriados y despedidos por causas discutibles y a casos de despidos decididos por el principal ante la creencia de que medió una justa causa que luego no pudo ser demostrada cabalmente ante los jueces o que, aún acreditada, estos no consideraron suficientemente grave para justificar el despido, como lo exige el art. 242, LCT.

distintos regímenes laborales para los diferentes tipos de empresas, según su volumen se responde generalmente que todos los trabajadores deben gozar de iguales derechos sin importar la entidad de sus empleadores.

La igualdad ante la ley en el art. 16 de la CN garantiza que todos los habitantes de este país son iguales ante la ley (y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad), así como que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. En palabras de Joaquín V. González, esta garantía constitucional consiste en “el derecho de todas las personas que habitan el país a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unas de lo que se condena a otros *en iguales circunstancias*, de modo que la verdadera igualdad consiste en aplicar, en los casos ocurrentes, la ley *según las diferencias que los constituyen y caracterizan*”<sup>12</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha repetido inveteradamente que la ley debe ser igual en igualdad de circunstancias<sup>13</sup>, compensando los desequilibrios que violentan el orden natural<sup>14</sup>.

La propia Ley de Contrato de Trabajo contiene dos reglas particulares en la materia pero que no están dirigidas a la ley sino al empleador. En efecto, el art. 17 prohíbe a este cualquier tipo de discriminación entre sus dependientes por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad; mientras que el art. 81 exige al principal el deber de dispensar a todos sus trabajadores igual trato en identidad de situaciones, vedando toda forma de trato desigual entre sus dependientes, sea por razones de sexo, religión o raza. Esta norma, sin embargo, tiene una reserva: declara que no será juzgado arbitrario el diferente tratamiento que responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

La más reciente ley 23.592, por su parte, apuntala la prohibición de toda conducta discriminatoria socialmente deleznable (es decir, basada en motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos), veda dirigida ya no solamente a los empleadores sino a todo sujeto activo, habilitando una acción judicial expedita contra todo aquel que arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional para ser obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, p. 70 (los destacados son míos).

<sup>13</sup> Fallos 312:826, 200:428, entre otros.

<sup>14</sup> CS, ver, entre otros, Fallos 237:563.

Como explicaré enseguida, es claro que el trato igualitario de la ley a los habitantes de la República que garantiza la Constitución Nacional refiere a igualdad de circunstancias, así como los arts. 17 y 81 de la LCT tienen igual sentido en su ámbito de aplicación. Empero, en el terreno del derecho del trabajo está arraigada, lo reitero, la idea de que todas las personas dependientes deben ser tratados de manera igual por la ley y por sus empleadores, de una manera tal que todos tengan los mismos derechos y beneficios laborales.

Enseguida trataré de demostrar que ese dogma no tiene correlato en la exigencia constitucional del trato igualitario ni en la praxis histórica legislativa del país, pero, de todos modos, una pregunta preliminar para hacerse es: ¿dónde ponemos el foco de la igualdad?

Quienes sostienen que todos los trabajadores deben gozar del mismo estándar legal de derechos ponen el foco de la garantía constitucional en la persona de estos. Sin embargo, es razonable considerar que también gozan de esa garantía constitucional los deudores de tales deberes, es decir los empleadores. En este segundo caso, la garantía opera de manera inversa, es decir que podemos pensar que los empleadores tienen un derecho a no ser tratados igualmente en situaciones de visible desigualdad, y estoy aludiendo a desigual patrimonio y potencia financiera, distinta entidad del giro y diferente capacidad organizativa.

En mi opinión, la propia Constitución Nacional introduce distintos objetivos que desacreditan la idea de una igualdad absoluta y lineal. En efecto, el art. 14 bis establece derechos elementales para todos los trabajadores (v.gr., salario mínimo vital y móvil, jornada limitada de trabajo, derecho a un descanso anual pago), pero también inserta una primera diferencia entre estos al disponer la garantía de la estabilidad absoluta para empleados públicos mientras que para el resto de los dependientes la regulación queda librada al arbitrio del legislador, tal como acontece con la protección en el empleo privado contra el despido arbitrario. Tampoco el art. 14 bis ha reglado la entidad del descanso anual pago, o de la jornada limitada, derechos respecto de los cuales la garantía constitucional solo le impone al Congreso Nacional proteger el trabajo en todas sus formas, pero habilitando que dicho poder político regule los derechos y deberes según las circunstancias y, en los hechos, así ha ocurrido a lo largo de décadas. Más aún: el art. 14 bis, tras cristalizar el principio de tutela para el trabajo “en todas sus formas”, solamente impuso al legislador garantizar los derechos antes mencionados para los dependientes, mientras que para los trabajadores autónomos <sup>15</sup> apenas se limitó a garantizar el seguro social obligatorio y beneficios previsionales.

Por añadidura, y como lo anticipé, el Congreso Nacional, cuando dictó el ordenamiento central del trabajo dependiente para el sector privado no se sintió

<sup>15</sup> Y resulta menester tener en cuenta que, entre los trabajadores autónomos, encontramos a los monotributistas que en sus primeras categorías aglutinan a muchas personas con problemas muy semejantes a los dependientes y, probablemente, deberían ser merecedores de una tutela mayor, proyectada por la garantía del art. 14 bis.

compelido a dar un trato idéntico a todos los sujetos alcanzados por tal régimen jurídico, limitándose a vedarle a los empleadores que traten desigualmente a sus respectivos dependientes y juzgando arbitrarias las distinciones efectuadas en razón del sexo, de la religión, la nacionalidad, filiación política o gremial, de edad o raza de estos.

Es muy relevante en este examen tener en cuenta que antes de la sanción en 1974 de la LCT, los derechos que fueran incluidos en 1934 en los arts. 154 a 160 del Cód. Com. por la ley 11.729 no se aplicaban a todos los dependientes y es dable señalar que ese estado de cosas perduró casi dos décadas, estando ya vigente el art. 14 bis de la CN. Más aún, los convenios colectivos de trabajo establecen beneficios laborales diferentes para los distintos segmentos del empleo del país. El hecho de que se trate de una diferenciación legítima y válida no neutraliza el hecho de que trabajadores dependientes que en algunos casos realizan la misma tarea puedan ganar salarios distintos y gozar diversos beneficios como tiempo anual de descanso, licencias especiales, etcétera.

Más todavía: el Congreso de la Nación ha legislado diversamente para los trabajadores del sector privado con la ley 20.744 (y sus modificatorias) y para los agentes del sector público nacional mediante la ley 25.164 y cada estado provincial y sus municipios han regulado regímenes de empleo público provincial y municipal divergentes, de suerte tal que un empleado público de una provincia o de un municipio goza niveles de protección y beneficios distintos a los de otros estados provinciales o municipales. El mismo Poder Legislativo ha considerado equitativo regular diversamente los estatutos de trabajo en casas particulares (ley 26.844) y de trabajo en el ámbito rural (ley 26.727). Tanto el Congreso Nacional como el Poder Ejecutivo Nacional han dictado, asimismo, estatutos particulares que introducen reglas distintas a las generales: para viajantes de comercio (ley 14.546), para periodistas profesionales (ley 12.908), para la industria de la construcción (regla 22.250), etc.

Parece posible afirmar que el deber estatal de dar igual trato legislativo a todos los habitantes de la República no ha sido considerado un obstáculo para que, mediante las distintas fuentes jurígenas aludidas, se trate de manera diferente a diferentes grupos o estamentos de trabajadores cuando se juzga que median circunstancias objetivas justificantes y que, sin lugar a dudas, el compromiso del Congreso Nacional con la igualdad de trato en esta materia tiene su núcleo en la prohibición de conductas del empleador que puedan tildarse de discriminatorias, como se desprende de los citados arts. 17 y 81 de la LCT y de la ley 23.592.

Es claro que, en general, lo que siempre ha pretendido el sistema articulado de normas que conforman el derecho del trabajo argentino es que exista un *corpus* básico de reglas que garanticen derechos y beneficios generales, considerados mínimos y elementales, incentivando o habilitando que se puedan añadir mejores niveles de protección por la negociación colectiva o por decisiones políticas, como ha sido el caso de los estatutos particulares impuestos

en ámbitos de empleo con escasa o nula capacidad de negociación colectiva. No obstante esa idea de articulación de fuentes, durante décadas han existido, y existen hoy, grandes grupos de personas que trabajan por cuenta ajena con beneficios distintos e inferiores a los de la LCT, tal como lo dije.

Despejado o debilitado, a mi ver, el mito de que la ley laboral debe ser la misma para todas las personas que laboran bajo dependencia y para toda clase de empleadores, propicio reflexionar sobre si es posible un estatuto especial para aquellas personas que actualmente se encuentran desempleadas o subempleadas en lo que podrían categorizarse como acciones positivas o proactivas en los términos del art. 75, inc. 23, de la CN<sup>16</sup> para atacar esos males; si es válido un estatuto de empleo para empresas pequeñas y muy pequeñas (microemprendedores), es decir las que tienen las dificultades reales o psicológicas antes mencionadas y que obstan al crecimiento del empleo en tal segmento del mundo del trabajo local en tanto, lo repito, el principio de trato igual por la ley no impediría la creación legislativa de estatutos especiales, basados en las peculiares características de un segmento del mundo laboral, de los sujetos comprendidos o de las actividades.

Antes de continuar me parece oportuno introducir otro interrogante, generador de dudas y reflexiones. ¿Todos los contenidos de la LCT y los estatutos son de orden público? Entiendo que la respuesta negativa se impone desde el momento en que la propia LCT por su art. 2º admite su inaplicabilidad, en principio y como regla, a un dilatado número de trabajadores dependientes: los de los estados nacional, provinciales y municipales, por un lado; los trabajadores del ámbito rural, por otro; y los que prestan servicios en casas particulares, por un tercero. Si bien es cierto que los estatutos especiales que rigen el empleo público nacional, el trabajo rural y en casas particulares reconocen niveles de tutela semejantes a los nacidos de la LCT, no hay identidad y siempre han podido encontrarse diferencias de protección.

Si el Congreso de la Nación hubiera entendido que de los arts. 16 y 14 bis de la CN derivaría la necesidad de un cuerpo de normas básicas, aplicables como mínimo de derechos para todos los trabajadores del país no habría legislado regímenes diferentes que, además, han perdurado por décadas sin nunca ser tildadas de constitucionales y, en todo caso, hubiera dejado que las peculiaridades fuesen enfrentadas por los convenios colectivos —como ocurre con el trabajo marítimo— o con estatutos complementarios.

Pienso, pues, que la LCT constituye un estatuto general del empleo privado, con varias excepciones y que no existen obstáculos legales ni de tradición jurídica que veden la generación de uno o más regímenes especiales, en la medida que estén justificados por razones objetivas, atendibles de equidad y

<sup>16</sup> Corresponde al Congreso Nacional: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trabajo, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución...”.

que resulten funcionales a la creación de empleo, siendo del caso recordar que estructuras de desempleo persistentes potencian la dependencia en que quienes laboran bajo subordinación están sumidos, mientras que la reducción de la tasa de desempleo disminuye los efectos nocivos de tal estado.

He aludido varias veces al estatuto de empleo en casas particulares, hoy regido por la ley 26.844. y este es un ejemplo claro, en mi opinión, de razones objetivas que justifican la existencia de un diverso régimen de trabajo dependiente del ámbito privado, aunque en este caso la acción legislativa reciente sea pasible de crítica: era una necesidad arrastrada por décadas modificar profundamente el Estatuto del Servicio Doméstico del dec. 326/1956, que no garantizaba a las personas que trabajan en ese ámbito derechos elementales. Sin embargo, la existencia de un estatuto diferente al de la LCT siempre se justificó fundamentalmente por reconocerse que en ese tipo de relaciones laborales no se dan los mismos elementos objetivos que en el empleo privado fabril, comercial o de servicios: el empleador doméstico o de casas particulares no contrata los servicios para utilizarlos, como un medio, para producir un bien o un servicio, sino para su consumo o disfrute directo y personal en el marco de la casa particular, a diferencia del empleador comprendido en la LCT que toma el aporte personal de sus dependientes para, dirigiéndolo, producir bienes o prestar servicios, con fines de lucro o sin estos; el empleador doméstico no posee una organización empresarial ni administrativa como tal, mientras que, por definición, quien utiliza el trabajo, con otros medios personales, impersonales y materiales, para producir bienes o prestar servicios debe adoptar una organización empresarial y administrativa que, aun cuando sea mínima y elemental, le permite asumir obligaciones de ese tipo; un empleador doméstico carece, como regla, de reservas financieras para enfrentar eventuales deudas laborales por indemnizaciones ni es dable exigirle, por las características recién descriptas, que las tenga, aunque toda organización que utilice el trabajo humano para producir bienes o prestar servicios estará en condiciones de formar esas reservas; finalmente, el empleador del ámbito doméstico no está en condiciones, en general, de absorber el costo de aumentos salariales o de contingencias imprevistas (licencias por enfermedad, indemnizaciones por accidentes o por rupturas contractuales) ya que no puede trasladarlo al precio de su producto o servicio, como si puede y hace cualquier empresa.<sup>17</sup>.

Como dije antes, el Congreso Nacional ha exorbitado, en principio, del régimen general del empleo privado reglado por la LCT a los trabajadores del ámbito rural y doméstico; amén de que, además, ha regulado por separado el

<sup>17</sup> Por eso mismo, en su hora he criticado que la reforma introducida por la ley 26.844, pese a mantener la concepción del estatuto particular por fuera de la LCT, haya prácticamente equiparado las obligaciones del empleador doméstico a las de los empresarios del mundo de la industria, el comercio y los servicios. Puede verse mi monografía “Elogios y críticas al nuevo régimen de trabajo en casas de familias (ley 26.844)”, RDL 2013-2 —Estatuto del Personal de Casas Particulares—, p. 27.

estatuto del empleo para el Estado Nacional y, lo que es más relevante a los fines de lo que quiero subrayar, ha admitido que los regímenes provinciales y municipales de empleo posean sus propios contenidos, siendo útil destacar que no recuerdo que jamás se haya cuestionado algún régimen de empleo público provincial o municipal por reconocer derechos de menor entidad que los generales o, lisamente, por no prever derechos existentes en el ámbito nacional o en la LCT.

Podría extenderme en mostrar otros ejemplos de trato desigual objetivo hecho por el Congreso Nacional respecto de segmentos de trabajadores y de diversos tipos de empleadores, pero las limitaciones de este espacio me eximen de hacerlo.

Me parece posible, pues, barajar la posibilidad de legislar un estatuto particular para las microempresas, para las pequeñas empresas o para las empresas medianas, basado en que no pueden ser tratadas al imponérseles obligaciones y deberes con la misma vara de exigencias con que se trata a las grandes, pues ello constituye un trato desigual inverso, que es el que se administra cuando se trata por igual a desiguales.

Y es necesario memorar que la ley 24.467 reguló, en su Título III, un ramillete de reglas especiales en materia de empleo privado aplicables solamente a las empresas pequeñas, definidas en dicha norma por su número máximo de dependientes (40 trabajadores) y por su facturación. Dicha ley solo previo la sustitución del libro del art. 52 de la LCT y otros libros de estatutos especiales por un Registro Único de Personal; una mayor libertad del empleador para decidir la movilidad interna del personal; un régimen especial de preaviso del despido; y la posibilidad de que, por la negociación colectiva, se modifiquen las formalidades, requisitos, régimen de aviso y oportunidad del goce de las vacaciones profesionales, así como el fraccionamiento del pago del Sueldo Anual Complementario. Si bien también permitía la disponibilidad colectiva del régimen de extinción, la ley 25.877 derogó esa habilitación. Además, dicha ley regulaba modalidades contractuales de tiempo determinado que fueron derogadas por la ley 25.013.

Más allá del fracaso práctico de esa norma legal, probablemente víctima de su estrechez de miras y del fundado anatema que de toda la legislación nacida de los años 90 en nuestro país hizo la doctrina y la jurisprudencia, lo cierto es que dicha ley, con las pocas derogaciones parciales apuntadas, se encuentra vigente y constituye un dato más de que estas regulaciones específicas son factibles y, en mi opinión, podrían dejar atrás el estigma que arrastran de nacimiento si se las adecua a fines equitativos y que, en definitiva, podrían redundar en el aumento de la tasa de empleo, con su consiguiente efecto sobre el fenómeno de la dependencia que sufren los que ya están empleados, y en la posibilidad cierta de sacar de la dramática situación de falta de empleo o de empleos no suficientes a cientos de miles de habitantes del país.

Por un lado, podría pensarse en un estatuto para desempleados de naturaleza temporal, de modo tal que hoy sirva de estímulo para “sacar” personas del desempleo e insertarlas en el mundo de la economía productiva y que, con el transcurso de un lapso determinado, tres, cuatro o cinco años, adquiriesen los derechos y beneficios generales de la LCT y los convenios colectivos de trabajo aplicables. Sin embargo, esta alternativa, que ya fue prevista en los años 90, ha sido mal utilizada por empleadores inescrupulosos y ofrece muchos flancos para la crítica, siendo el más importante el de que no resulta fácil sostener que trabajadores que realizan lo mismo para el mismo empleador gocen de derechos diversos.

En cambio, estimo viable poner la mirada en esas unidades elementales de la sociedad y la economía nacional que son los microemprendimientos, es decir los pequeños comercios y almacenes barriales o “de cercanía”, como se los ha denominado en la legislación dictada bajo la pandemia, en los pequeños talleres, kioscos, bares, farmacias, librerías, mercerías, propietarios de un automóvil taxímetro, pequeños consultorios profesionales, etcétera.

Según datos estadísticos<sup>18</sup>, al 31/12/2018 de las casi 600.000 empresas registradas y operativas del país, aquellas con menos de 10 trabajadores emplean al 20% del total de trabajadores registrados, las de menos de 50 ocupan al 22% de dicha masa y las de menos de 200 dependientes son las que dan trabajo a otro 22% de la masa laboral. Al final del primer trimestre de 2020, entre pequeñas y microempresas dan trabajo al 29% de la masa de asalariados registrados y las llamadas microempresas por el Indec ocupan el 11% de dicho total, de lo que se desprende que casi un tercio del empleo encuentra su lugar en las unidades empresariales de menor envergadura.

### 3. LAS MICROEMPRESAS

Me interesa poner el foco en el segmento de las más pequeñas unidades empresariales, es decir las que emplean a menos de 10 personas y más particularmente en lo que podríamos denominar microempresas o microemprendimientos, pero, por mi parte, con esta denominación me refiero a las organizaciones elementales que antes fueron aludidas y que en ningún caso tienen necesidades que superen los 4 o 5 dependientes, proponiendo poner la mirada en tal segmento empresarial pues creo que los titulares de ese tipo de organizaciones son los que más temen el peso de las cargas que antes mencioné, tanto las obligaciones patrimoniales como las formales (registro y otras cargas administrativas), inhibiéndolas de contratar uno o dos dependientes para mejorar su capacidad operativa y su giro empresarial, sean esos temores justificados y reales o una mera sensación subjetiva de los titulares de esas pequeñas organiza-

<sup>18</sup> Fuente: Encuesta Permanente de Hogares del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación e INDEC.

ciones y que, más allá de su grado de veracidad, funcionan como un claro óbice a la contratación. Todos hemos visto en nuestra experiencia personal comercios pequeños, talleres de barrio, almacenes, tiendas o bares pequeños atendidos exclusivamente por los dueños y su familia o, a lo sumo, una persona dependiente, perdiendo grandes oportunidades de facturar más por no asumir los riesgos de contratar una o dos personas auxiliares <sup>19</sup>.

Vale repetir que la ley 24.567 consideraba pequeñas empresas de menos de 40 trabajadores y que la Comunidad Europea clasifica a las pymes en la recomendación 2003/361/CE del 06/05/2003 como: microempresa (aquella con hasta 10 trabajadores y un volumen de negocios anual o un activo menor o igual a 2 millones de euros); pequeña (la que tiene hasta 50 empleados y un volumen de negocios menor o igual a 10 millones de euros); y mediana (la que tiene menos de 250 empleados y un volumen de negocios menor o igual a 50 millones de euros o un activo que no supere los 43 millones de euros).

Por mi parte, con base en las reflexiones que efectuáramos y consensos que alcanzamos el pasado año 2019 un grupo de juristas <sup>20</sup>, creo que la idea de receptar la microempresa puede ser clave para incentivar la creación de nuevos empleos registrados y, a la par, favorecer el aumento de la productividad de estas, lo que, como es evidente, tendría efectos positivos secundarios en la economía nacional (aumento del PBI, mejora del mercado interno, etc.) y postulo considerar tales a las unidades empresariales como las que emplean hasta 5 dependientes.

Sobre ese tipo de empresas hay, a mi juicio, oportunidad de incidir proponiéndoles un estatuto de empleo que disipe o aminore crucialmente los temores por los que no contratan personal o no lo contratan en el número suficiente en proporción a sus giros, y con lo que limitan su productividad y su posible crecimiento. Considero que un estatuto de esta índole tendría un sentido claro y objetivo con un rol en la política de empleo, daría una respuesta equitativa a la anómala situación actual y tradicional de tratar de igual modo a empresas tan desiguales, lo que provoca una evidente discriminación contra las más pequeñas unidades empresariales y una violación al deber de tratar de manera igualitaria en condiciones igualitarias pues, como ya dije, del art. 14 bis de la CN surgen derechos concretos —los que el Congreso no podría negar a estos dependientes— y otros más genéricos o de espectro amplio en los que el legislador cuenta con discrecionalidad para reglarlos.

Así, sin duda un estatuto de empleo para microemprendimientos no podría dejar de reconocer a sus dependientes el derecho al descanso anual pago, a la

<sup>19</sup> He conocido más de un profesional médico que, por no tener una secretaria o secretario, se molesta en descender a la planta baja para abrir la puerta de calle a sus clientes.

<sup>20</sup> Aludo al Comité Asesor de Expertos presidido por Julio César Simón e integrado, además del suscripto, por los abogados Carlos Aldao Zapiola, Graciela A. González, Juan José Etala (h) y Alberto Tomassone, conformado con funciones asesoras por res. 60/2019 de fecha 04/02/2019 del entonces ministro de Producción y Trabajo Lic. Dante Sica.

protección contra el despido arbitrario, a condiciones dignas y equitativas de labor; a jornada limitada; a retribución justa; a igual remuneración por igual tarea entre todos los comprendidos en dicho estatuto; al seguro social obligatorio; al derecho a jubilaciones y pensiones móviles; a la protección integral de la familia, etc., y particularmente tendrán derecho a que esa retribución justa sea, como mínimo, la prevista como salario mínimo vital y móvil.

Ahora bien, partiendo de ese bloque de derechos constitucionalmente garantizados creo que vale la pena pensar en la posibilidad de regular por ley del Congreso Nacional un régimen particular para empleadores que califiquen como microempresas y en el que dicho poder político establezca regulaciones de esas garantías en niveles dignos para las personas contratadas pero al alcance y con viabilidad económica y financiera de pequeñas unidades empresariales, así como el real y efectivo desmontaje de todas las complejidades administrativas y comerciales que aún perduran <sup>21</sup>, pudiendo tomarse como ejemplo el Régimen de Simplificación Registral que la ley 25.239 <sup>22</sup> o el régimen para los trabajadores autónomos caracterizados como monotributistas.

Por cierto, si la sociedad, la comunidad jurídica y el poder político se animaran a reflexionar sobre esta cuestión y a sopesar los beneficios y los inconvenientes de una alternativa como la que propongo discutir podría producirse un cambio en la estructura del empleo con los beneficios directos ya mencionados para los trabajadores hoy desempleados, e indirectos a través del aumento de la actividad económica, del consumo y, nuevamente, del empleo; y en tal sentido resulta indudable que, si este tema pudiese ser examinado, debería escucharse a todos los interesados que tienen algo que aportar: los expertos (juristas, sociólogos, economistas, administradores de empresas, licenciados en relaciones laborales, etc.); los empresarios de todos los segmentos pero especialmente los microemprendedores y, sobre todo, será necesario contar con la participación activa de los representantes sindicales de los trabajadores, es decir de todos quienes conocen los problemas, las necesidades de este tipo de empresas y que están en condiciones de proponer herramientas técnicas para esbozar un régimen particular equitativo. Como señaló recientemente el expresidente de Uru-

<sup>21</sup> Pese a las previsiones contenidas en las leyes 25.250 (art. 32) y 25.877 (art. 39), que resultaron estériles.

<sup>22</sup> Ese régimen sencillo y unificado reglado en particular en el título XVIII de dicha ley y que se vincula con el régimen especial para pequeños contribuyentes al que refiere el título XVII, provocó durante sucesivos años un aumento progresivo y notable de registración de trabajadores y trabajadoras del ámbito doméstico, tanto de los que se incorporaban como, incluso, de dependientes que se hallaban en la clandestinidad y fueron regularizados, proceso que solo se detuvo y hasta se revirtió cuando la ley 26.844 modificó las condiciones de trabajo del personal de casas particulares y, excediéndose de los justos contenidos que clamaban por una reforma profunda, trató a ese tipo de empleadores como si fueran empresas regidas por la Ley de Contrato de Trabajo, como ya comenté más arriba en el texto.

guay, Tabaré Vázquez, “la gente que ve el problema generalmente tiene una buena solución para enfrentar las dificultades que le presenta ese problema <sup>23</sup>.

No es esta la ocasión para proponer un modelo de estatuto, sino que me limito aquí a poner en consideración la cuestión. Sin embargo, insisto en sostener la validez de considerar a las microempresas para seducirlas con una iniciativa que las anime a dar empleo o a aumentar sus planteles. Solo como un ejemplo posible, terminaré memorando que el antes citado grupo de juristas elaboró una propuesta que, por adolecer del plafón político necesario, nunca se elevó a la consideración del Congreso Nacional y que transcribo a continuación solo a título ilustrativo.

Reitero que lo correcto sería que el debate sobre esta temática sea alimentado y abonado por los sectores interesados con los aportes técnicos de los profesionales de cada especialidad y que se produzca un modelo de estatuto en el que se respeten a raja tabla los derechos específicos que el art. 14 bis de la CN garantiza a todos los trabajadores y se regulen aquellos otros cuya medida y alcances el Constituyente de 1957 libró a la discrecionalidad del Congreso a desplegar según las circunstancias.

Dicho modelo elaborado por el Comité de Expertos preveía lo siguiente:  
“Art. 1º. Ámbito de aplicación.

”Lo establecido en el presente régimen es de aplicación a todas aquellas empresas que cumplan con los dos siguientes requisitos: a) Dotación. Cuando no superen los cinco [5] trabajadores al momento de entrada en vigencia de esta ley. Si con posterioridad la empresa o aquellas que se creen de conformidad con la presente normativa aumentan su dotación hasta los diez [10] trabajadores, se les seguirá aplicando esta ley; b) Facturación. El tope máximo de facturación anual para las empresas incluidas en esta ley no deberá superar los dos mil (2000) Salarios, Mínimos, Vitales y Móviles, sin considerar en esa facturación el Impuesto al Valor Agregado (IVA) o el que en su reemplazo pudiera establecerse.

”Art. 2º. Objetivos.

”Son los objetivos de la presente ley:

- ”a) fomentar la competitividad para las microempresas,
- ”b) promover la creación del empleo productivo en este segmento,
- ”c) contemplar las particularidades de tales organizaciones,
- ”d) facilitar la regulación de las relaciones laborales en este ámbito,
- ”e) estimular la negociación colectiva específica para este sector y
- ”d) facilitar la regularización de las relaciones laborales en este ámbito,
- ”f) estimular la negociación colectiva específica para este sector y

<sup>23</sup> Declaraciones en el programa televisivo El legado, Canal 10 de Montevideo, R. O. del Uruguay.

”g) dar cumplimiento a las recomendaciones de la OIT dirigidas a la microempresa en el punto 2.2. del documento “Trabajar para un futuro más prometedor” producido por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo.

”Art. 3º. Normas aplicables.

”Sin perjuicio de los derechos consagrados por las normas de mayor jerarquía, a las relaciones entre trabajadores y empleadores regidos por este régimen se les aplicarán sus normas, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 y sus modificatorias en todos los aspectos cuyas normas, además de no haber sido previstas en este régimen especial, resulten compatibles.

”Art. 4º. Empalme con los sistemas de protección social.

”Los trabajadores desocupados que se encuentren incluidos en planes nacionales de empleo y/o asistencia social, instrumentados por el Ministerio de Producción y Trabajo y/o el Ministerio de Desarrollo Social, y sean contratados por empleadores comprendidos en el presente régimen, continuarán percibiendo dichas prestaciones en carácter de subsidio a su nueva ocupación y formalidad laboral, en las condiciones que determine la reglamentación.

”Dichas sumas formarán parte de la remuneración neta mensual de los trabajadores contratados y así serán consideradas por los empleadores.

”El Poder ejecutivo Nacional queda facultado asimismo para efectuar las adecuaciones normativas correspondientes, a fin de permitir que los beneficiarios de prestaciones contributivas y no contributivas, administradas por la Administración Nacional de la Seguridad Social, continúen percibiendo las mismas en caso de ser contratados por los empleadores comprendidos en el presente régimen, de acuerdo con las condiciones que fije al respecto.

”Art. 5º. Modalidad de contratación.

”Las modalidades del contrato de trabajo en las microempresas se ajustarán a lo previsto en la Ley de Contrato de Trabajo, 20.744 y la Ley Nacional de Empleo, 24.013, con las modificaciones que puedan introducir convenios colectivos de trabajo aplicables exclusivamente a las microempresas reguladas por el presente régimen legal.

”Art. 6º. Jornada de trabajo.

”1. La duración del trabajo no podrá exceder de 568 horas trimestrales o 2272 anuales, considerados estos períodos en el año calendario. Dentro de cada trimestre el empleador podrá extender la jornada hasta once [11] horas diarias. Esta extensión deberá ser compensada en igual medida con tiempos de reducción, no pudiendo la jornada reducida ser inferior a cuatro [4] horas diarias.

”En los casos en que el empleador opte por una jornada de once [11] horas diarias deberá dar al empleado un descanso a mitad de la jornada de 30 minutos, lapso que será pago.

”2. El empleador, de acuerdo a las necesidades de sus clientes, podrá modificar la jornada habitual de trabajo comunicando con anticipación de una nue-

va semana a sus empleados los programas y horarios establecidos, cuando las jornadas fueren diferentes a las habituales.

"Art. 7º. Descansos del trabajador. Época de otorgamiento. Comunicación.

"1. El empleador deberá conceder el goce de las vacaciones en cualquier momento del año y hasta el 30 de abril del año siguiente. La fecha de iniciación de las vacaciones deberá ser comunicada por el empleador al trabajador por escrito y con una anticipación no menor de veintiún [21] días.

"2. Las vacaciones deberán otorgarse con un mínimo de catorce [14] días corridos. Cuando la extensión sea mayor a los catorce [14] días, por el tiempo superior se podrán fraccionar por períodos no inferiores a una semana.

"Cuando las vacaciones no se otorguen en forma simultánea a todos los trabajadores de la empresa, el empleador deberá proceder en forma tal que cada trabajador le corresponda el goce de los catorce [14] días, a los que hace referencia el artículo anterior, por lo menos en una temporada de verano, cada tres períodos.

"En los casos en que trabajadores unidos en matrimonio u otras formas de unión familiar se desempeñen a las órdenes de un mismo empleador, las vacaciones correspondientes a los catorce días no fraccionables a los que hace referencia el párrafo anterior deben otorgarse en forma conjunta y simultánea, siempre que no afecte el normal desenvolvimiento del establecimiento.

"Art. 8º. La extinción por renuncia del trabajador.

"1. La voluntad del dependiente de renunciar al empleo deberá materializarse por escrito mediante despacho telegráfico, carta documento u otro medio habilitado por los servicios de correo. Deberá ser librada en forma personal por el trabajador y dirigida a su empleador y el servicio de correo respectivo deberá exigir la exhibición del documento de identidad correspondiente, dejando constancia de tal exhibición o de cualquier circunstancia al respecto, así como la suscripción manuscrita de la firma.

"Los servicios de correos deberán conservar esas constancias en sus registros por el plazo de cinco [5] años.

"2. El contrato de trabajo también podrá considerarse extinguido por renuncia del trabajador cuando haya elementos de juicio concluyentes e inequívocos que permitan considerar que ha abandonado el empleo, renunciando tácitamente a este, y en ningún caso se considerará que aconteció tal circunstancia sin que haya transcurrido un mínimo de tres [3] meses desde la última prestación de servicios.

"Art. 9º. Del preaviso del empleador.

"1. Cuando el contrato de trabajo sea disuelto por decisión unilateral del empleador sin invocación de causa o sin justa causa, el principal deberá dar un aviso previo por escrito al dependiente con una antelación de quince [15] días durante el período de prueba y de treinta [30] días en caso de que el trabajador haya adquirido una antigüedad superior a los tres meses, aunque podrá sustituir ese aviso por el pago de una suma equivalente a la remuneración correspon-

diente a dichos plazos respectivos, la que no generará la incidencia del SAC y que, en caso de mediar remuneraciones variables, se liquidará según la mejor retribución mensual de los últimos seis [6] meses laborados.

”Dicha indemnización sustitutiva del aviso previo deberá abonarse dentro del plazo de cinco [5] días contados desde la comunicación del distracto y deberá ser depositada en la Cuenta Sueldo del trabajador despedido.

”El respectivo plazo de preaviso, en caso de ser otorgado, comenzará a contarse desde el día siguiente hábil a que se produzca la notificación escrita.

”Si el empleador no otorga el aviso previo ni abona la suma sustitutiva en el plazo señalado, lo adeudado se duplicará y generará intereses a la tasa bancaria corriente para operaciones de descubierto en cuenta corriente.

”Art. 10. Extinción del contrato de trabajo sin justa causa de ruptura.

”El despido decidido por el empleador o el indirecto dispuesto por el dependiente, en ambos supuestos con imputación de justa causa, deberá ser comunicado por escrito en forma contemporánea al último hecho invocado.

”Además, en dicha comunicación deberán expresarse en forma clara, detallada y precisa, con los datos cronológicos respectivos, la/las conducta/tas u omisión/nes que se endilgan a la otra parte para romper el contrato. Ante el conflicto judicial que se produjera en tal sentido, no podrán añadirse hechos, circunstancias ni datos no consignados en dicha comunicación, así como no podrá variarse la causal invocada.

”No se consideran hechos contemporáneos aquellos que daten de más de seis meses, salvo que, aun en tal caso y por la repetición del incumplimiento o su pertinaz persistencia, medie un emplazamiento a dejar sin efecto la conducta u omisión reprochada.

”En todos los casos, quien invoca un incumplimiento para fundar una justa causa de despido debe dar la oportunidad por escrito a la contraparte para que en el plazo de cuarenta y ocho [48] horas rectifique el proceder o brinde las explicaciones del caso que pudieran mediar y, de no cumplirse este paso, se considerará que media una ruptura intempestiva del vínculo.

”El incumplimiento total de la mencionada carga informativa y del otorgamiento de un plazo para expedirse sobre el incumplimiento imputado implicará que la decisión ha sido carente de causa; mientras que los tribunales evaluarán los alcances de dicha comunicación, cuando fuere dada, para determinar si ha sido debidamente cumplida la carga aquí impuesta y/o si los términos del escrito de demanda o de contestación implican una suplementación de hechos y datos o una modificación de la causal originalmente expuesta.

”Art. 11. El abandono de trabajo por parte del dependiente.

”Cuando el empleador impute al trabajador el abandono del empleo como causal de despido, y en la medida que no se trate de un supuesto de renuncia tácita según lo antes establecido en esta ley, para que se configure dicha causal se requerirá que el principal ponga en mano al trabajador mediante una intimación fehaciente efectuada en el domicilio real o donde este se encuentre, instándolo

a reintegrarse al empleo a partir de la primera jornada hábil contada desde el vencimiento de un plazo de cuarenta y ocho [48] horas posteriores a la del día de la recepción del emplazamiento. De no mediar respuesta alguna ni producirse el reintegro en tal oportunidad, se configurará el abandono de trabajo como causal de despido justificado y el empleador podrá así decidirlo notificando el distracto dentro de los cinco [5] días de vencido aquel plazo. Si pasado este último plazo el principal no procediera a extinguir el contrato por esta causal específica, ya no podrá hacerlo con posterioridad alegando tales circunstancias.

"En ningún caso se configurará esta injuria específica si, hecho el emplazamiento, el trabajador respondiera en tiempo oportuno explicando las razones por las que no se ha presentado a cumplir sus obligaciones, sean estas aceptadas o no por el principal.

"Art. 12. Indemnización en caso de despido directo sin causa o despido directo injustificado.

"En caso de despido sin expresión de causa o sin invocación de justa causa, haya mediado o no aviso previo o pago del preaviso, y transcurrido ya el período de prueba, el empleador deberá abonar en forma mensual, tras la ruptura contractual y en concepto de indemnización por esta, de tantas sumas equivalentes a una sola vez la mejor remuneración mensual (MRM) percibida por el trabajador en los últimos seis [6] meses trabajados, como períodos de MRM por cada año o fracción mayor a tres [3] meses acumulados hasta la fecha del despido y sin perjuicio de lo previsto en el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo .

"Tales sumas mensuales deberán ser abonadas la primera dentro del plazo de cinco [5] días hábiles de la fecha del distracto y las siguientes dentro de los cuatro [4] primeros días hábiles de cada período, y en todos los casos mediante acreditación en la Cuenta Sueldo del ex dependiente. En caso de producirse incrementos de las remuneraciones establecidos por la voluntad unilateral del empleador, por acuerdos de empresa, por convenios colectivos o por cualquier otra fuente jurígena, las sumas mensuales indemnizatorias pendientes de pago serán incrementadas en la misma proporción promedio y si los aludidos incrementos fueran retroactivos a fecha anterior a los pagos efectuados, estos deberán recalcularse.

"La falta de pago de cualquiera de las sumas mensuales indemnizatorias dará lugar a un incremento del cincuenta por ciento (50%) de las sumas adeudadas en mora y, en caso de pago incompleto, dicho recargo se calculará sobre la parte no depositada. La mora será automática y no requerirá intimación ni emplazamiento alguno. En caso de retraso, además de dicho recargo, el empleador deberá liquidar y abonar intereses calculados a la tasa bancaria corriente para operaciones de descubierto en cuentas corrientes.

"Cuando el despido decidido por el empleador lisamente no contuviera expresión de casusa o la invocada no configurará una justa causa y no se abonara la primera suma indemnizatoria dentro del plazo establecido, el trabajador podrá emplazarlo por escrito para que cumpla dentro de las cuarenta y ocho [48]

horas desde la recepción de tal intimación y, de no depositarse lo debido dentro de tal plazo de gracia, deberá abonarse un resarcimiento adicional por mora del cien por ciento (100%) de la suma indemnizatoria mensual no pagada, más los intereses correspondientes.

”En los supuestos de despido directo que se declarasen injustificados y en aquellos de despido indirecto que fuesen considerados justificados por la autoridad judicial, corresponderá, haya mediado o no aviso previo o pago de preaviso, y transcurrido ya el período de prueba, el empleador deberá abonar una indemnización equivalente a una vez la mejor remuneración mensual (MRM) percibida por el trabajador por cada año de antigüedad o fracción mayor a tres [3] meses, la que deberá ser depositada dentro del plazo de cinco [5] días hábiles, desde la ruptura, en la Cuenta Sueldo, bajo apercibimiento de sancionarse la falta de pago oportuno y completo con un recargo del cincuenta por ciento [50] de la suma adeudada y, en caso de pago incompleto, dicho recargo se calculará sobre la parte no depositada. En caso de retraso, además de dicho recargo, el empleador deberá liquidar y abonar intereses calculadas a la tasa bancaria corriente para operaciones de descubierto en cuentas corrientes.

”Art. 13. Causas objetivas de despido decidido por el empleador.

”El despido por causas objetivas será considerado injustificado para el trabajador y, salvo disposición específica en contrario, deberá ser precedido del respectivo aviso previo o el pago de la suma sustitutiva correspondiente, según lo antes indicado en esta ley.

”Se consideran causas objetivas para el despido: a) cuando la empresa sufra una situación de fuerza mayor que le impida continuar la operatoria o provoque una situación empresarial crítica que exija la reducción del plantel de trabajadores o su despido total; b) en caso de concurso o quiebra no culpable de la empresa y en la medida que la autoridad judicial del proceso concursal no disponga lo contrario; c) cuando se produzca la muerte del empleador unipersonal y sus derecho habientes no decidan la continuación de la explotación dentro de un plazo de tres [3] meses, lapso durante el cual las obligaciones de prestar servicios por parte del dependiente y de dar ocupación y abonar salarios por parte de los derecho habientes se verán suspendidas; En estos supuestos el empleador, el concurso, la quiebra o los derecho habientes deberán abonar una indemnización equivalente a un tercio (1/3) de la prevista para el supuesto de despido sin causa.

”Art. 14. Despido por fin del tiempo de duración del contrato pactado inicialmente.

”En el supuesto de contrato de trabajo a plazo fijo no corresponderá indemnización alguna con motivo de la finalización del plazo previsto o de la verificación del evento que justificó la contratación por tiempo determinado.

”Art. 15. Despido discriminatorio

”En caso de despido calificado judicialmente como discriminatorio en los términos de la ley 23. 592, ante la negativa del empleador a reinstalar al tra-

bajador discriminado en su puesto de trabajo, este último tendrá únicamente derecho a percibir una indemnización adicional equivalente a un [1] año de remuneraciones, que se acumulará a las sumas que tenga derecho a percibir en concepto de despido sin justa causa previstas en esta ley y al resarcimiento que le corresponda por los daños y perjuicios ocasionados por la conducta discriminatoria, conforme el artículo primero de la ley 23.592, que eventualmente fijara la autoridad judicial interviniente.

”Art. 16. Despido por estar el trabajador en condiciones de obtener un beneficio jubilatorio.

”Cuando el trabajador, según la información que la autoridad respectiva otorgue al empleador a su pedido, se encuentre en condiciones de obtener cualquiera de los beneficios previsionales del SIPA el empleador podrá intimarlo por escrito para que proceda a iniciar el trámite respectivo dentro de un plazo máximo de seis [6] meses. El trabajador deberá informar por escrito al principal cuando haya iniciado el trámite previsional y, de no ser iniciado este en dicho lapso o no haberse producido el informe del dependiente, el empleador deberá emplazarlo por un plazo de quince [15] días para que informe si comenzó la tramitación o bien explique las razones que tuviere y, si el trabajador guardare silencio o reconociere que no inició el trámite sin causa justificada, el principal podrá proceder extinguir el vínculo sin pago de indemnización alguna.

”Si transcurrido un [1] año desde el vencimiento de ambos plazos el trabajador en condiciones de jubilarse no hubiere obtenido el beneficio por razones ajenas al principal, este podrá también extinguir el contrato sin pago de resarcimiento alguno.

”El derecho del empleador de despedir al trabajador que ya está en condiciones de obtener un beneficio jubilatorio o que ya no lo ha obtenido no tiene un plazo de caducidad para ejercer la facultad aquí reglada.

”Cuando el principal efectuare la intimación prevista en el primer párrafo deberá entregar al trabajador emplazado, dentro del plazo de diez [10] días, los certificados de servicios, remuneraciones y aportes necesarios para acreditar tales circunstancias ante la autoridad previsional. De no entregárselos en ese lapso, el trabajador podrá intimarlo por el plazo de cinco [5] días hábiles para que cumpla tal carga y, de no serle entregados podrá poner en mora por escrito al principal, suspendiéndose de pleno derecho el plazo previsto para permitir la extinción hasta que sea cumplida tal obligación.

”En caso de trabajadores protegidos por una tutela de la ley 23.551 o sus modificatorias, el empleador, para poder extinguir el contrato, deberá tramitar la correspondiente exclusión de tutela, la que no será necesaria para notificar la intimación a iniciar el trámite a iniciar el trámite previsional.

”Art. 17. El despido de un trabajador que ya cuenta con un beneficio previsional.

”Si el trabajador, luego de obtener un beneficio previsional compatible con la prestación de servicios dependientes, continúa prestando servicios con

su mismo empleador o reingresa a sus órdenes, en caso de extinción contractual únicamente se computará como antigüedad la generada desde la concesión del beneficio en caso de continuidad del contrato y desde el nuevo inicio laboral en la hipótesis de reingreso a las órdenes del mismo empleador.

”Art. 18. Extinción del contrato por la muerte del trabajador.

”La muerte del dependiente extingue ipso iure el contrato de trabajo y, cuando el deceso fuera derivación de una enfermedad inculpable o un accidente inculpable, el empleador deberá abonar un resarcimiento a los derechos habientes del causante equivalente a un tercio (1/3) de la indemnización prevista para el despido injustificado. A los efectos de la determinación del carácter de derecho habientes regirá lo dispuesto en el SIPA.

”Cuando la muerte derive de un hecho laboral, enfermedad de trabajo o profesional o accidente de trabajo, el empleador deberá abonar a los derechos habientes una indemnización, complementaria de la que corresponda por la Ley sobre Riesgos del Trabajo y sus modificatorias o por el derecho común, equivalente a la prevista en la ley para el despido injustificado. Esta responsabilidad podrá ser subrogada en la correspondiente Aseguradora de Riesgo del Trabajo.

”Art. 19. Extinción del Contrato por Incapacidad Absoluta y Permanente del trabajador.

”Cuando el trabajador padezca Incapacidad Absoluta Permanente se extinguirá *ope legis* el contrato de trabajo a partir del día de tal declaración médica legal por autoridad médica oficial.

”Cuando el estado de Incapacidad Absoluta y Permanente fuera derivación de una enfermedad inculpable o un accidente inculpable, el empleador deberá abonar un resarcimiento al afectado por la pérdida del empleo equivalente a un tercio (1/3) de la indemnización prevista para el despido injustificado.

”Cuando la Incapacidad Absoluta y Permanente derive de un hecho laboral, enfermedad de trabajo o profesional o accidente de trabajo, el empleador deberá abonar al afectado por la pérdida del empleo una indemnización, complementaria de la que corresponda por la Ley sobre Riesgos del Trabajo y sus modificatorias o por el derecho común, equivalente a la prevista en esta ley para el despido injustificado. Esta responsabilidad podrá ser subrogada en la correspondiente Aseguradora de Riesgo de Trabajo.

”Art. 20. Ordenamientos especiales preexistentes.

”Las disposiciones contenidas en los precedentes artículos 8 a 18, relativos al régimen de extinción de los contratos de trabajo, no serán aplicables en los ordenamientos jurídicos especiales existentes y en funcionamiento al momento de sanción de esta ley que prevean regímenes de extinción contractual diferentes al régimen general de la Ley de Contrato de Trabajo, cuyas reglas particulares serán aplicables aun cuando, por las características del empleador, resulte en lo general aplicable el presente estatuto”.

”Art. 21. Negociación colectiva.

”El Estado y en especial la autoridad de aplicación de la ley de negociación colectiva promoverán activamente la celebración de convenios colectivos de orden local, regional y nacional, con la representación patronal específica de las Microempresas consideradas en esta ley. Los convenios colectivos celebrados de conformidad a esta norma podrán modificar en cualquier sentido las disposiciones de los convenios colectivos de trabajo de la actividad a la que se refieren siempre que haya sido celebrado por la misma entidad sindical o, en el caso de Federaciones de sindicatos, por entidades de primer grado adheridas a las mismas.

”Art. 22. Derogación.

”Derógase toda la norma que se ponga a la letra, el espíritu y los objetivos de la presente ley”.

## CONCLUSIÓN

En síntesis, propongo que los iuslaboralistas nos ocupemos del problema del desempleo, que abramos el debate y la discusión sobre la viabilidad de medidas concretas dirigidas a atacar ese mal social y, entre estas, que examinemos un posible estatuto particular para empleadores calificables como microempresas, es decir con hasta cinco dependientes.

## BIBLIOGRAFÍA

### *Libros*

GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, actualizado por Humberto Quiroga Lavié.

### *Artículos de revistas*

“Elogios y críticas al nuevo régimen de trabajo en casas de familias (ley 26.844)”, *Revista de Derecho Laboral*, 2013-2 —Estatuto del Personal de Casas Particulares—.

Recepción: 05/12/2020.

Aceptación: 06/05/2021.

# EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA CONCERTACIÓN EN EL SISTEMA ARGENTINO DE DERECHO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Por JUAN PABLO MUGNOLO \*

## **Resumen:**

*El diálogo social y la concertación social constituyen instrumentos de comprobada eficacia en la gestión y gobernanza de las relaciones laborales. La conceptualización y sistematización de las herramientas propias de dichos procesos resultan indispensables a fin de garantizar su eficiencia. El derecho de las relaciones de trabajo, sobre todo las colectivas, provee de insumos aptos para la institucionalización de las instancias de concertación y diálogo social e incluso para su promoción en los niveles o ámbitos que cada coyuntura reclame.*

*En el caso argentino, el paradigma regulatorio heterónomo de las relaciones colectivas del trabajo posee particularidades que ameritan un análisis crítico que las contemple. Siendo que el presente ensayo se ciñe a la configuración de un esquema de concertación y diálogo social propicio y adaptable a nuestra realidad nacional, la tarea académica se enfoca pues sobre aquellas características propias de las representaciones de trabajadores y empresarios, como así también sobre las instancias de negociación colectiva que promocionadas desde la norma legal laboral determinan el sistema de derecho de las relaciones colectivas de trabajo argentino.*

## **Palabras clave:**

*Diálogo, concertación, sindicatos, estado, negociación.*

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España; profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la UBA; docente de cátedra en la Universidad de San Andrés.

## SOCIAL DIALOGUE AND CONCERTATION IN THE ARGENTINIAN LABOR LAW COLLECTIVE RELATIONS

### **Abstract:**

*Social dialogue and agreement are instruments of proven effectiveness in the management and governance of labor relations. The conceptualization and systematization of their typical tools are essential in order to guarantee their efficiency. Labor law, in particular collective labor law, provides suitable inputs for the institutionalization of the instances of social dialogue and agreement, even for their promotion at the levels or settings that each circumstance demands.*

*In the Argentinean case, the heteronomous regulatory paradigm of collective labor relations has particularities that merit their critical analysis. Since this essay adheres to the configuration of a scheme for social dialogue and agreement that is conducive and adaptable to our national reality, the academic task focuses on those characteristics of the collective representation of workers and employers, as well as on those collective bargaining instances that, promoted from the labor law norm, determine the legal system of the Argentinean collective labor relations.*

### **Keywords:**

*Dialogue, concertation, unions, state, bargaining.*

## INTRODUCCIÓN

Una de las grandes fortalezas que ostenta la concertación social radica en que, a través de ella, se lograría amalgamar la suficiente legitimidad política y social indispensable para el diseño e implementación de políticas sociales y económicas que, en clave de reforma y superación, cada contexto histórico demande.

En mi hipótesis, las dificultades que *per sé* conllevan las acciones de diálogo y el alcance de acuerdos se encuentran hoy potenciadas por contextos de polarización político-social<sup>1</sup> que, también en la Argentina, exigen una sofistizada acción de construcción de espacios de concertación plurales que puedan garantizar una sólida base de legitimidad indispensable para la implementación de medidas sociolaborales que, sin duda, afectarán intereses diversos.

El presente ensayo pretende aportar recursos técnicos que tributen a los deseos o necesidades de diálogo social. Desde la óptica del derecho de las re-

<sup>1</sup> Vid. AÍN, Gastón – LOGIOCO, Bautista, “Decálogo anti-Polarización”, Revista Turbulencias, Revista internacional de resolución de conflictos, mediación, negociación y diálogo, publicación trimestral del Instituto de Mediación de México, 15/02/2021, disponible en <https://franciscodiez.com.ar/7634-decalogo-anti-polarizacion-por-gaston-ain-y-bautista-logioco> (consultado el 14/04/2021).

laciones laborales y en clave argentina, pondré a disposición del lector aquel instrumental jurídico paradigmático y propio de las experiencias de diálogo social, centralmente tripartito. En un ejercicio académico quizás un tanto más especulativo, indagaré sobre la realidad “contextual” de la Argentina intentando detectar aquellas notas de funcionalidad para con los procesos de diálogo social y concertación. Ello no será óbice para que, en la misma línea de análisis, tome en cuenta aquellos aspectos sistémicos del modelo argentino de relaciones laborales colectivas y de un modo crítico procurar identificar sus dosis de operatividad ante necesidades de concertación social.

## 1. INSTRUMENTAL PARA EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA CONCERTACIÓN

La trascendencia del diálogo social radica en su capacidad instrumental para articular respuestas ante la complejidad que han ido adquiriendo las sociedades modernas y posmodernas. En dichas sociedades complejas, la diversificación de poderes y contrapoderes y la multiplicación de centros de decisión autónomos ponen en cuestión la exclusividad del poder normativo en manos del Estado, el cual mantiene su centralidad y mayor importancia, pero ya no es el único. Los grupos pluralistas funcionan actuando como detentadores del poder, prefigurando una democracia pluralista<sup>2</sup> que, en las sociedades capitalistas, consolidan un pluralismo corporativo o un corporativismo democrático que tiende a “dispersar el poder” que originalmente se encontraba concentrado un centro único<sup>3</sup>.

La magnitud que se le asigna al diálogo social en toda propuesta de política en materia de gestión de las relaciones laborales subyace de manera lumínica desde el seno de la propia Organización Internacional de Trabajo<sup>4</sup>. Su composición tripartita, que integra a sindicatos, empresarios y gobiernos de cada nación del mundo, es un dato empírico que no puede soslayarse en tanto constituye un claro ejemplo de eficacia de la metodología de concertación y negociación como mecanismo productor de normas laborales<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. LOEWESTEIN, I., “Teoría de la Constitución”, 1979, trad. Á. Gallego Anabiarte Barceló, ps. 420 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. DAHL, R., “Democracy and its critics”, Yale University Press, New Haven (Conn.) - London, 1989, p. 252.

<sup>4</sup> Vid. JUNKO ISHIKAWA, “Aspectos clave del diálogo social nacional: un documento de referencia sobre el diálogo social”, Programa InFocus sobre Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, mayo de 2004; vid. OIT, “El diálogo social como motor e instrumento de gobernanza del desarrollo sostenible”, documento temático de la OIT y la CSI —ES— D/2017/11.962/15, RSCD 2017.

<sup>5</sup> Cabe destacar el convenio 144 de la OIT y la recomendación 152 sobre consulta tripartita, ambos aprobados en 1976, en cuanto normas específicas sobre diálogo social si bien es harto conocido que son muchos los convenios y las recomendaciones que exigen establecer instancias de diálogo social para su puesta en práctica, además de la insoslayable omnipresencia de la ape-

Existen no obstante consideraciones de tipo doctrinario, las cuales —entre las más respetadas— suelen establecer diferencias entre la concertación y el diálogo social, siendo este último un concepto más abarcativo <sup>6</sup>. Mediante la apelación al término “diálogo social” se tiende a abarcar todas aquellas relaciones entre actores del mundo del trabajo que no suponen conflicto abierto, incluyendo pues, los mecanismos de consulta, negociación, concertación, participación. Dicho diálogo social importa la localización de puntos de encuentro entre los agentes sociales, el intercambio de informaciones, ideas y opiniones entre las partes sociales, y el intento de búsqueda de posiciones convergentes sobre cuestiones de interés común <sup>7</sup>. El diálogo social puede constituir un procedimiento que lleve a la concertación social pero no cabría confundir ambos conceptos. La concertación social es una de las formas de expresión del diálogo social; es un modo de intercambio político entre el poder público y los interlocutores sociales mediante el cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno <sup>8</sup>. En la concertación se destaca una cierta intervención deliberada de las autoridades públicas <sup>9</sup>, ya sea como parte misma del proceso (tripartismo) o como tercero garante y promotor del diálogo. Dadas las características del presente ensayo, me interesa destacar tal particularismo configurado por el rol estatal puesto que, sin dudas, su intervención potencia la concertación como instrumental jurídico-político.

No es mi intención en esta oportunidad llevar a cabo un ejercicio meramente teórico-académico, sino que, más allá o a pesar de ello, la importancia del análisis y la delimitación conceptual del fenómeno concertación social, se pondera en cuanto a su potencialidad como instrumento para la elaboración de propuestas sociolaborales para un futuro mediato. Es en tal virtud que, la envergadura de lo teórico-conceptual ha sido mensurada en función de su eventual eficacia instrumental para una eficaz gobernanza sociolaboral. Gobernanza que acrecienta su importancia potenciándose de manera directamente proporcional a las complejas situaciones de crisis económico-sociales (nacionales, regionales, y en el peor de los casos, globales).

Siguiendo en la línea hipotética planteada, me abocaré a desarrollar una breve y contenida caracterización conceptual de aquellas alternativas funcio-

---

lación al diálogo social y la concertación como elemento instrumental para todas las acciones que dicho organismo propugna.

<sup>6</sup> Señala con acierto Ermida Uriarte que la idea de diálogo social remite a una dimensión mayor, de contenido político, relacionada con la ciudadanía, la política, el gobierno, la democracia y la sociedad en su conjunto. Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, “Diálogo social: teoría y práctica”, DT 2003-B, ps. 1473-1474, ps. 69 y 73.

<sup>7</sup> Cfr. MORENO VIDA, Ma. Nieves, “Diálogo social y concertación en las relaciones laborales de Andalucía”, Temas Laborales, vol. II, nro. 100/2009, p. 551.

<sup>8</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis, “Concertación y diálogo social”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, ps. 15 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. SCHMITTER, P. C., “La concertación social en perspectiva comparada”, en ESPINA, A. (comp.), Concertación social, neocorporativismo y democracia, Madrid, 1990, p. 67.

nales que podrían potenciar el “instrumento concertación” en cuanto espacio catalizador de los debates colectivos por venir y, al mismo tiempo, como una instancia para el ya mencionado indispensable amalgamiento político y social a efectos de proyectar con éxito el rediseño de tácticas y estrategias sociolaborales que el contexto demande.

### *1.1. El ámbito de la concertación: macroconcertación y microconcertación*

En un ejercicio de delimitación del marco conceptual concertación —siendo ella tal como anticipara breve y contenido— el primer elemento característico o típico que me interesa destacar refiere al *ámbito de la concertación* o, dicho de otro modo, al volumen del espacio consensual. Así pues, la concertación será *macroconcertación* o *microconcertación* dependiendo del nivel o el ámbito en el cual se lleve a cabo y, asimismo, del radio de contención consensual.

En primer término, debo mencionar a la *macroconcertación* como elemento típico y central de la teoría neocorporativista. Dicho fenómeno adquiere gran relevancia en las décadas de los 70/80 tras la concreción de los denominados acuerdos marco, productos paradigmáticos de dicha acción política consensual en un contexto de consolidación del *Welfare State*<sup>10</sup>. Entre los acuerdos marco, vale diferenciar aquellos acuerdos propiamente políticos de aquellos otros acuerdos tripartitos. Los primeros, los acuerdos políticos, obviamente imponen la necesaria articulación institucional del sistema de partidos y suelen ser típicamente nacionales, centralizados<sup>11</sup>. Los acuerdos tripartitos, en cambio, tienen como sujetos centrales a los sindicatos y a las representaciones empresarias, pero también al gobierno, el cual recurre al intervencionismo público a fin de diseñar el escenario propicio para el desarrollo de la concertación. Los acuerdos marco, de manera preeminente, suelen girar en torno a temas de política económica y social<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Podría señalarse las crisis petroleras y sus consecuencias en el orden mundial en la década de los setenta como revitalizadoras de las tendencias intervencionistas estatales con el objeto de limitar las consecuencias resultantes de las regulaciones laborales autónomas; Cfr. AL-BURQUERQUE, R., “El Estado frente a la autonomía colectiva”, en X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 1989, p. 53. Aunque producto de su eficacia comprobada (elemento que aquí deseo subrayar), también se ha recurrido a la macro concertación en contextos de implementación de políticas neoliberales o de debilitamiento del Estado de bienestar predominantes a partir de la década del 90. Ello fue así cuando gobiernos de orientación conservada o neoliberal, ante su eventual débil sustento y apoyo en la base popular procuraron implicar a las organizaciones de intereses en la gestión pública de la economía ante la aplicación de políticas de flexibilidad y reducción del Estado social, con el objetivo político de ampliar la base de legitimidad social que dichas acciones demandaban. Vid. LUHMANN, N., “Teoría política en el Estado de bienestar”, Madrid, 1994, p. 65.

<sup>11</sup> Un ejemplo de ellos ha sido, en la experiencia española, el Pacto de Toledo de 1995 sobre el Sistema de Pensiones y Jubilaciones.

<sup>12</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Concertación social y tripartismo: modelos de concertación social en Europa”, en DURÁN LOPEZ, Federico (coord.), *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, CES-AECI, Madrid, 1998.

Los acuerdos marco presentan la ventaja de gestionar a gran escala las contraprestaciones que demande una concertación en clave *do ut des*. Ello será posible dado que la presencia del Estado aumenta las posibilidades instrumentales y de recursos necesarios para hacer efectiva la requerida “contraprestación”<sup>13</sup>.

En segundo término, debo detenerme brevemente sobre la tipología denominada *microconcertación*, estando esta también vinculada con el espacio consensual, aunque a diferencia de la macroconcertación, en este caso su importancia radica en la apelación a espacios más reducidos para la concreción de objetivos bien específicos. La microconcertación surge como consecuencia de las nuevas necesidades que demandaba la economía y que se materializaron a comienzos de la década del 90 momento en el cual el desempleo, la productividad y la reestructuración empresaria, adquirieron gran centralidad en la agenda laboral<sup>14</sup>.

El ejercicio de la mentada microconcertación suele desarrollarse básicamente en dos estadios diferentes: el sectorial (o sobre materias concretas) y el empresarial.

La microconcertación de tipo *sectorial* puede responder a las necesidades de una *actividad específica* y por tal motivo ceñirse a las particularidades de ese sector, o también, estar referida a una *problemática concreta*<sup>15</sup> delimitando el objeto consensual en torno a aspectos puntuamente críticos de la economía o del sistema de relaciones laborales. Por otro lado, los denominados acuerdos interprofesionales tienden a establecer contenidos de tipo “obligacional” que remite a las necesidades de las asociaciones negociadoras sin producir efectos normativos directos<sup>16</sup>.

La microconcertación empresarial en cambio, reconduce el ejercicio de negociación hacia la empresa siendo ese “microespacio” para el acuerdo, lo que

<sup>13</sup> A modo de ejemplo, ante un hipotético caso en el cual el contexto económico demande reducciones salariales generales, el Estado podría mitigar los efectos socioeconómicos nocivos de dicho ajuste a través de prestaciones de la seguridad social. Vid. OJEDA AVILÉS A. – GUTIÉRREZ PÉREZ, “La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica”, Themis 65, 2014. ps. 41-51; vid. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Crítica a la flexiseguridad”, Revista Latinoamericana de Derecho Social, nro. 16, enero-junio de 2013, ps. 51-82.

<sup>14</sup> Vid. MONEREO, J. L., “Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo”, Ed. Universidad, Granada, 1988.

<sup>15</sup> Subyacen como ejemplo los acuerdos interconfederales sobre materias concretas en España, reguladoras de las condiciones de trabajo, u otras materias laborales como la solución de conflictos, de lo que es ejemplo el V ASAC, firmado el 7 de febrero de 2012, entre las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, por una parte, y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, de otra; o el acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos, firmado el 23/05/2013.

<sup>16</sup> Dicha cuestión aparece claramente resuelta en la experiencia española, cuya legislación (art. 83 ET) diferencia los acuerdos interprofesionales de los acuerdos sobre materias concretas, siendo que los primeros requieren de una negociación colectiva específica que los “incorpore” y en cambio en los segundos su aplicación es directa.

explica su importancia funcional. El espacio micro deviene relevante por ser el indicado y el preferido cuando se trata de encarar procesos de reestructuración racionalizada y pacífica de las empresas con miras en la competitividad, lo cual podría interpretarse como una regulación microsocial de la economía y del sistema de relaciones laborales <sup>17</sup>.

Tras la delimitación conceptual del primer aspecto fundamental de la concertación —ello es el ámbito en que se desarrolla y el consecuente volumen del espacio consensual (macro/micro)— me centraré a continuación en un breve análisis “del otro” aspecto determinante de su configuración tipológica. Me refiero al *elemento institucional*.

### *1.2. El grado de institucionalización: la concertación institucionalizada y no institucionalizada*

Si bien la concertación puede ser tan válida cuando es institucionalizada como cuando no lo es, también es cierto que el mayor grado de institucionalización le aporta a la concertación dosis de intensidad instrumental realmente importantes, dotándola de mayor estabilidad funcional, sobre todo en aquellos casos en que la intervención de la autoridad pública promociona el diálogo social y garantiza la eficacia de lo acordado.

Dentro del marco analítico delimitado por el grado de institucionalidad de la concertación, surgen dos tipos particulares sobre los cuales cabe detenerse: *la concertación no institucionalizada* y *la concertación institucionalizada*.

La concertación *no institucionalizada* podría describirse como aquella que se lleva a cabo sin estar prevista expresamente en las normas jurídicas estatales <sup>18</sup>. No cuenta con un reconocimiento formal ni tampoco existen reglas administrativas o legales sobre su procedimiento y eficacia. Un producto paradigmático de este tipo de concertación son los procesos de regulación horizontal espontánea (no reglada) que concluyen en acuerdos logrados entre las confederaciones sindicales y empresariales <sup>19</sup>. Otro de los productos característicos del tipo *concertación no institucionalizada* es la denominada “legislación negociada”, entendida ella como un acuerdo social en el momento genético de la norma

<sup>17</sup> Vid. REGINI, M., “El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de formas nuevas de concertación”, en AA.VV., *La concertación social tras la crisis*, Ed. Ariel, 1990; vid. CAWSON (ed.), “Organized Interests and the State Studies in Meso-Corporativism”, Sage, London - Beverly Hills, 1985.

<sup>18</sup> Señala Martín Valverde que el diálogo social es un fenómeno primariamente político-social y no jurídico. Consiste en una práctica informal y extra legem que, salvo contadas excepciones, no está reconocida por el ordenamiento normativo. MARTÍN VALVERDE, Antonio, ob. cit., p. 105.

<sup>19</sup> Los acuerdos interconfederales sobre negociación colectiva o sobre el empleo en España son un claro ejemplo de la tipología no reglada. Vid. ARAGÓN, Jorge, “El valor del acuerdo: Notas sobre los acuerdos interconfederales para la estabilidad en el empleo y la negociación”, Cuadernos de Relaciones Laborales, nro. 10. Serv. Pub., UCM, Madrid, 1997, ps. 222-224.

estatal, mediante el cual los actores sociales blindan con mayor legitimidad y eficacia la norma en gestación que será luego aprobada formalmente por el Estado en instancias parlamentarias. Dicho blindaje radica en la existencia de un consenso social *ex ante*, que antecede a la materialización de un “anteproyecto” de origen no estatal y que es generado por los sectores sindical y empresario. Dicho fenómeno de *legislación negociada* vincula los límites del procedimiento legislativo ordinario para abordar la complejidad de lo real y la existencia de formas jurídicas de elaboración negociada de las normas en derecho social<sup>20</sup>.

Por su parte, la *concertación institucionalizada*, que podría enmarcarse en una participación institucional del tipo “corporativista débil”<sup>21</sup>, implica la habilitación constitucional o legal<sup>22</sup> de instancias estables para la consulta a los actores sociales representativos. El caso paradigmático de concertación institucionalizada lo constituyen los consejos económicos y sociales<sup>23</sup> que encuentran su antecedente en la Constitución de Weimar (1919)<sup>24</sup>. El consejo económico y social es un instrumento de concertación que suele ostentar atribuciones de consulta y estudio (Francia, Italia, España) aunque también se constituye como un espacio institucional de deliberación entre los actores sociales (Noruega, Portugal)<sup>25</sup>. Tributando a la caracterización de corporativismo débil, los consejos económicos y sociales lejos están de desplazar o reemplazar la representación política en democracia, sino que, por el contrario, constituyen un cauce institucional complementario de dicha representación<sup>26</sup>.

Tras la conclusión del ejercicio de delimitación del instrumental teórico, en el siguiente capítulo me adentraré en el análisis de la eficacia o funcionalidad de la concertación social en el contexto argentino y, tal como adelantara en la introducción, prestaré particular atención a aquellos aspectos sistémicos de nuestro modelo de relaciones laborales colectivas procurando identificar aquellos indicios de operatividad.

<sup>20</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis, “Concertación…”, ob. cit., p. 17.

<sup>21</sup> Acepción que es tomada de ibid., p. 74.

<sup>22</sup> Por ejemplo, el art. 131 de la Const. española que contempla la creación de un Consejo, que luego es desarrollado por ley atendiendo a la manda constitucional. Es decir, hay un reconocimiento constitucional del instituto y una remisión a la norma infraconstitucional para su implementación. Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Concertación y diálogo social. Especial referencia al papel del Consejo Económico y Social”, RL, 1994 (II), ps. 338-339.

<sup>23</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “La institucionalización de la representación de intereses: los Consejos económicos y sociales”, en DURÁN LÓPEZ, Federico (coord.), ob. cit., p. 80.

<sup>24</sup> Vid. HELLER, H., “Democracia”, en Escritos políticos, Madrid, 1985, p. 278.

<sup>25</sup> Vid. OJEDA AVILÉS, A. (coord.), “Los consejos económicos y sociales”, Madrid, 1992.

<sup>26</sup> Desde un punto de vista crítico, se interpreta que los Consejos Económicos y Sociales afectan los sistemas democráticos en tanto socavan la representación política al arrogarse facultades legislativas o de decisión política (sobre el particular caso español dicha hipótesis ha sido sostenida por VANACLOCHA BELLER, “Estudio sobre el desarrollo por ley ordinaria del art. 131 del texto constitucional”, Madrid, 1980, p. 13).

## 2. EL CONTEXTO Y LO SISTÉMICO. LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN CLAVE ARGENTINA

El ejercicio de conceptualización del diálogo social y la concertación ha conllevado las más de las veces una cierta dosis de labilidad. Y quizás justamente, como señalara Ermida Uriarte, sea ella en gran parte su utilidad pues habilita o permite abarcar diversas instituciones y prácticas<sup>27</sup>.

Entendidos de manera genérica el diálogo social y/o la concertación actúan como métodos de legitimación social de las decisiones del poder público mediante el consenso con los actores sociales, contribuyendo, de ese modo, a lograr gobernabilidad y compensar los déficits de democracia que padece el sistema político aisladamente considerado y, al mismo tiempo, procurar la pacificación de los efectos de aquellas decisiones en el contexto social y político<sup>28</sup>.

No son pocos los estudios que consignan cuáles deberían ser aquellas condiciones generales necesarias, indispensables, para que el diálogo social y la concertación tengan efectiva funcionalidad<sup>29</sup>. No obstante ello, he decidido en el presente ensayo tomar como referencia aquellos elementos que el Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la OIT sindica como requisitos fundamentales para que el diálogo social sea eficaz<sup>30</sup>. Dicha opción se sustenta en que, justamente, la enumeración de tales condiciones fundamentales para el eficaz desarrollo del diálogo social y la concertación, lejos de construirse en meros supuestos teóricos, son la resultante de decenas de años de observación, seguimiento y análisis sobre lo ocurrido en la experiencia mundial por parte de la Organización Internacional del Trabajo.

Tomo pues las prescripciones de la OIT como punto de partida para intentar identificar cuáles son aquellas ventajas y desventajas (fortalezas y debilidades) que ostenta el sistema argentino de relaciones laborales, desde una estricta óptica sobre su funcionalidad para con un real ejercicio de diálogo social. Tales condiciones prescriptas por OIT son: *a) la existencia de organizaciones de trabajadores y de empleadores sólidas e independientes, con la capacidad técnica y el acceso a la información necesarios para participar en el diálogo social; b) la voluntad política y el compromiso de todas las partes interesadas; c) el*

<sup>27</sup> Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., ps. 1473-1474.

<sup>28</sup> Cfr. GARCÍA ARCE, María Cruz, “Diálogo social sobre formación profesional en España”, Aportes para el diálogo social y la formación, nro. 9, OIT - Cinterfor, Montevideo, 2002, p. 18.

<sup>29</sup> Entre otros, Vid. OZAKI, Muneto – RUEDA, Marleen, “Diálogo social: un panorama internacional”, en OIT, Sindicatos y diálogo social: situación actual y perspectivas, Educación Obrera 2000/3, nro. 120, Ginebra, 2000, p. 1; vid. JUNKO ISHIKAWA, ob. cit., ps. 9 y ss.; vid. ERMIDA URIARTE, O., “Diálogo social: teoría y práctica”, Boletín Cintefor, nro. 157, Montevideo, 2006, ps. 15-16; vid. “El diálogo social y el futuro del trabajo Informe de la Conferencia”, OIT-AICESIS, Atenas, Grecia, 23 y 24/11/2017.

<sup>30</sup> Disponible en <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--es/index.htm> (consultado el 14/04/2021).

*respeto de los derechos fundamentales de la libertad sindical y la negociación colectiva; y d) un apoyo institucional adecuado.*

Corroborar y mensurar la presencia en la Argentina de las mentadas condiciones fundamentales para el diálogo social, resulta un ejercicio indispensable a fin de proyectar la real eficacia y funcionalidad que tendría la concertación social en tanto instrumento para la gestión de las relaciones laborales, sobre todo, ante contextos profundamente críticos.

Me centraré en esta oportunidad, como es de esperarse, sobre aquellos elementos circundantes al derecho de las relaciones laborales en clave argentina.

### *2.1. Sobre la existencia en la Argentina de organizaciones de trabajadores y de empleadores sólidas e independientes con la capacidad técnica y el acceso a la información necesarios para participar en el diálogo social*

En primer término, en lo relativo a *la existencia de organizaciones de trabajadores y de empleadores sólidas e independientes*, debo mencionar un dato característico del sistema argentino de relaciones colectivas de trabajo tal y como lo conocemos. Me refiero al intenso rol que desempeña el Estado y que en clave intervencionista afecta con fluctuante intensidad la independencia sindical. Dicho fenómeno, ha sido tipificado críticamente por Goldin como un tipo de sindicalismo *estatalista y tributario del Estado* el cual “no deja espacio para construir otro sindicato que aquel que desarrolla una íntima vinculación de pertenencia con el Estado, en el que se inserta —según la contingente relación de fuerzas— como dominante o dominado pero al que en todo caso necesita propio”<sup>31</sup>. Como consecuencia de dicha paradigmática relación entre Estado y sindicatos en la Argentina, se instala un esquema que el mismo autor denomina como *reversible* en el cual la matriz del intercambio corporativo no varía, convirtiéndose pues en un instrumento funcional tanto a políticas de tipo progresivas como a otras de perfil regresivo<sup>32</sup>.

En lo que respecta al sector empresario, la mentada matriz estatalista se confirma, aunque con fluctuante intensidad. Si bien en sus acciones de relacionamiento con el Estado, los empresarios —a diferencia del sector sindical— históricamente han procurado evitar en cierta medida la afectación de su autonomía, no obstante ello, en determinados momentos históricos el empresariado

<sup>31</sup> Según Goldin, dicha situación ha llevado al sindicalismo a una lógica de confrontación con aquellos gobiernos que no considera «propios» como cuando se incorpora y mimetiza con el aparato esta vez «propio» del Estado sometiéndose como dominado o bien ocupándolo en posición dominante. Cfr. GOLDIN, Adrián, «El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina», Eudeba, Buenos Aires, 1997, ps. 120-121.

<sup>32</sup> Cfr. GOLDIN, Adrián, «Argentina: ¿Corporativismo estatal o corporativismo democrático?», El Derecho del trabajo. Conceptos, instituciones y tendencias, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 541.

se ha mostrado proclive a influir en la toma de decisiones o, directamente, integrarse en el acceso a instancias gubernamentales de decisión<sup>33</sup>.

Así pues, la interrelación existente entre sindicatos y Estado, y entre empresariado y Estado, constituye uno de los factores que explican la ausencia de actividad de tipo neocorporativa tripartita, la cual, en la experiencia argentina, ha sido reemplazada por “relaciones de a dos”<sup>34</sup>.

Desde mi punto de vista, cualquier propuesta de concertación que se proyecte deberá atender a las altas dosis de disfuncionalidad que generaría, de mantenerse, un tipo de interrelación entre Estado y actores sociales por fuera de los cánones prototípicos de un *corporativismo societal*<sup>35</sup>. Y es que el descripto paradigma relacional argentino, por momentos se encuentra demasiado próximo al tipo de *corporativismo de Estado*<sup>36</sup> que, como tal, dificultaría un verdadero ejercicio de diálogo social. Sin embargo, ello no impide encarar un ejercicio de observación más detenido en pos de identificar aquellos elementos presentes que podrían considerarse, aun en dicho esquema, como ventajas o fortalezas en pos de una eventual experiencia de concertación social.

Un elemento que se reitera ante el mentado esquema relacional dual descripto es la insoslayable omnipresencia del Estado en ese diálogo de a dos. Dicho elemento podría ser considerado como una ventaja ante procesos de concertación.

Esa presencia estatal reiterada y constante podría explicar, *a priori*, cierta dosis de confianza y aceptación por parte de los actores sociales respecto de dicha intervención gubernamental. Manifestación de confianza que resultará indispensable llegado el momento de articular, proyectar o gestar instancias de concertación y diálogo social. A tales efectos, el Estado debería superar su posición de interlocutor necesario arbitrando una reasignación de roles que, incluyéndolo, resulte superador del descripto “diálogo de a dos”.

Siguiendo la línea de análisis centrada sobre las características de las organizaciones de trabajadores y de empleadores en la Argentina, señalo por otra parte, también como una ventaja en clave de concertación social, el grado de solidez que dichos sindicatos y asociaciones empresarias ostentan.

<sup>33</sup> Vid. ACUÑA, H. – GOLBERT, L., “Los empresarios en los procesos de negociación colectiva”, ponencia en el Primer Congreso Nacional de estudios del Trabajo, ASET, 1992 citado por GOLDIN, Adrián, «El trabajo y los mercados...», ob. cit., p. 123.

<sup>34</sup> El término “relaciones de a dos” o “juego de diálogos de a dos” es acuñado por Adrián Goldin, quien lo toma de PORTANTIERO, Juan Carlos, «La concertación que no fue: de la ley Mucci al Plan Austral», en NUN – PORTANTIERO (comps.), *Ensayos sobre la transición democrática en la Argentina*, Ed. Puntosur, Buenos Aires, 1987 (cfr. GOLDIN, Adrián, «Argentina...», ob. cit., p. 538).

<sup>35</sup> Cfr. SCHMITTER, Philipe C., “¿Continúa el siglo del corporativismo?”, en *Teoría del Neocorporativismo: Ensayos de Philippe Schmitter*, Universidad de Guadalajara, 1992, p. 303.

<sup>36</sup> Cfr. MARQUES PEREIRA, B., “Corporativismo societal y corporativismo de Estado: dos modos de intercambio político”, *Foro Internacional*, vol. 39, nro. 1 (155), enero-marzo, 1999, p. 101.

Esa “solidez organizacional” a la que me refiero es bien específica y según mi opinión ha sido cimentada en el ejercicio de la negociación colectiva salarial, la cual se destaca en nuestro país como el método más extendido de fijación masiva y generalizada de salarios. Pero aún más allá de dicha centralidad que ostenta en lo estrictamente laboral, la negociación colectiva en la Argentina adquiere también cierta funcionalidad como instrumento de política macroeconómica, lo cual se explica ante la omnipresencia sistémica de la inflación como dato estable [*pattern bargaining*<sup>37</sup>] que convoca a la contratación colectiva para la gestión salarial contractiva o expansiva<sup>38</sup>.

Como producto de la mentada negociación colectiva salarial, cabría consignar también como otro tipo de ventaja una consecuente gimnasia histórica en el ejercicio de negociación. Fortaleza más propia de los sujetos negociadores, aunque también sistémica. Y es que existe entre los actores sociales una aceptación activa del ejercicio de negociación y de su rol institucional, hecho este que explica los bajos grados de exteriorización del conflicto laboral y la alta tasa de cobertura de los acuerdos salariales que se concretan en nuestro país. Y es que, en la Argentina, la negociación básicamente salarial constituye el ejercicio de acción colectiva por autonomía.

Debo destacar que, en lo que respecta a la negociación colectiva en la experiencia argentina, el intervencionismo estatal cede comparativamente respecto de otras irrupciones intensas del Estado en el sistema de relaciones laborales. La ponderación de dicho dato resulta de relevante importancia, máxime cuando la concertación se impulse en niveles micro (micro concertación) dado que ello requiere de un aceitado ejercicio negocial de carácter bilateral que prescinde *a priori* de una intensa presencia estatal.

Un elemento más sobre el cual deseo detenerme, dada su relevancia en las instancias de concertación micro y también macro<sup>39</sup>, refiere al reconocimiento formal y al efectivo goce de los derechos de información y consulta<sup>40</sup>. Así lo ha manifestado la OIT al destacar que para producir un diálogo social efectivo se hace necesario garantizar un real *acceso a la información*.

<sup>37</sup> Vid. MARSHALL, A. – PERELMAN, L., “Cambios paradigmáticos en los patrones de negociación colectiva en la Argentina y sus factores explicativos”, Estudios Sociológicos del Colegio de México, XXII, nro. 65, 2004.

<sup>38</sup> Cfr. REDER, Melvin, “El interés público en los asuntos salariales”, en DUNLOP, John y otros, Marymar, 1971, ps. 189 y ss.

<sup>39</sup> Las consultas tienen la finalidad de ayudar a las autoridades a tomar una decisión. Por lo tanto, deben efectuarse necesariamente antes de que la decisión sea tomada (cfr. art. 23, párr. 2º, Constitución OIT).

<sup>40</sup> Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, “Los derechos de información y consulta con las representaciones de los trabajadores en las empresas”, trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación titulado Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales (DER2015-67055-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España, Cinca, 2018, Madrid, España.

La información constituye un elemento imprescindible para la eficacia de la representación sindical sin el cual no se concibe la buena fe y racionalidad que requiere la participación de los actores sociales en la elaboración de las decisiones por las que se verán afectados dentro del sistema democrático<sup>41</sup>. En la Argentina, si bien existe un reconocimiento heterónomo de dichos derechos<sup>42</sup>, la información no es un elemento que suela estar necesariamente presente en las mesas de negociación. Quizás ello responda a la preponderancia de aquellas variables de tipo macroeconómico (públicas y por ello más accesibles) propias de los niveles centralizados de negociación salarial, lo cual podría significar, *a contrario sensu*, que la trascendencia del derecho a la información y consulta crece de manera directamente proporcional al nivel de descentralización de la sede de la concertación. De constatarse dicha hipótesis, la existencia de estadísticas públicas sofisticadas y creíbles es un elemento que tampoco puede soslayarse, máxime en instancias de concertación macro.

Cabe finalmente destacar que, tras el análisis del marco contextual y por sobre las debilidades y fortalezas que ostenta el sistema de relaciones laborales nacional, subyace una inocultable trascendencia instrumental de la negociación colectiva.

Como primera apreciación de tipo sistemática debo destacar que, a diferencia de otros espacios de concertación (consejos económico sociales, acuerdos marco, legislación negociada, etc.), la negociación colectiva ya se encuentra instalada como parte sustancial de la dinámica de las relaciones laborales. Desde el punto de vista jurídico, existen normas que regulan su procedimiento, desde el punto de vista sociológico, forma parte del accionar colectivo tradicional de empresarios y sindicatos.

El alto grado de legitimidad social con que cuenta la negociación colectiva, la convierte en un instrumento preferido por los actores sociales a efectos de regular las condiciones de trabajo.

En la misma línea de análisis, cabe destacar a la negociación colectiva como “la instancia” de acuerdo institucional más estable en la secuencia histórica del sistema de relaciones laborales en la Argentina. Su temprana regulación legal a mitad del siglo XX, persistente a la fecha, tributaria a dicha estabilidad sistemática y ha convertido a la negociación colectiva en una herramienta eficaz para la administración del conflicto laboral.

<sup>41</sup> Cfr. GOLDIN, Adrián, «Hacia el reconocimiento constitucional del derecho a la información (Crisis de la lógica tradicional de protección)», DT XLVIII-A, Buenos Aires, ps. 7, 11 y 12.

<sup>42</sup> En la legislación argentina, la ley 23.546 de Procedimientos de la Negociación Colectiva establece en su art. 4º, inc. a), la obligatoriedad de intercambiar información, especificando en el inc. b) qué información es la que corresponde comunicar.

Otro dato, cuantitativamente relevante, indica que en la Argentina los convenios colectivos de trabajo ostentan amplios grados de cobertura<sup>43</sup>, lo cual sumado a la eficacia general que la ley les otorga<sup>44</sup>, consolida la potencia y la eficacia regulatoria de la negociación colectiva como sistema.

No puedo dejar de referirme a los márgenes de flexibilidad y adaptación que la negociación colectiva garantiza<sup>45</sup>, los cuales, frente a los prominentemente rígidos y lentos procesos regulatorios heterónomos<sup>46</sup>, la ponen en valor como un instrumento valiosísimo sobre todo ante situaciones complejas que demanden una rápida reacción.

Así pues, la negociación colectiva se identifica pues con varias y distintas causas y persigue muy variados objetivos que podrían concentrarse en dos líneas analíticas o explicativas.

De un lado, una línea específicamente económica<sup>47</sup> que discurre tras la búsqueda de mayores dosis de flexibilidad en la normativa laboral bajo el sobreentendido de que la regulación autónoma es más ágil y más propicia para eventuales cambios y adaptaciones tecnológico productivos, persiguiendo la aproximación de las reglas a las características y los problemas específicos de cada ámbito, especialmente a los de cada empresa<sup>48</sup>. Desde dicha óptica, la negociación colectiva aparece funcional a las necesidades cambiantes del mercado o, mejor dicho, del sistema productivo en una economía de mercado. De este modo ha ido abandonando su rol meramente reivindicativo de mayores beneficios para sus destinatarios, lo que suponía la consecución de intereses

<sup>43</sup> Me refiero a la cobertura como referencia al número de proporción de los trabajadores alcanzados por la negociación, dato que será detectable tras detenerse en los ámbitos de aplicación de los convenios concertados efectivamente. CLEGG, H., “El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva”, MTSS, Madrid, 1985, p. 21.

<sup>44</sup> La eficacia del convenio define el conjunto de trabajadores y empresarios que, estando incluidos en el ámbito territorial, funcional y personal del convenio ha de quedar sujetos a sus normas. El convenio puede afectar a todos los incluidos en ese ámbito de aplicación (eficacia general) o solo a una parte de ellos (eficacia limitada). Cfr. MARTÍN VALVERDE, A. – RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, F. – GARCÍA MURCIA, J., “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Universidad de Oviedo, 1990, p. 286.

<sup>45</sup> Tal como señala Deveali citando a Goetz Hueck, “Acerca de la configuración colectiva de las relaciones individuales de trabajo”, “Las normas del convenio colectivo no están destinadas a crear una regulación duradera, sino que están sujetas a la adaptación a las circunstancias cambiantes mediante nuevos contratos o acuerdos colectivos a que entonces debe atribuirse preferencia” (cfr. DEVEALI, Mario, “Las cláusulas menos favorables de la nueva convención colectiva”, Derecho del Trabajo, 1966, p. 23).

<sup>46</sup> Entiéndase por heteronomía la acción estatal que da origen a normas de origen público y que se diferencia de la autonomía pues en esta última las normas surgen como producto del acuerdo de los sujetos privados.

<sup>47</sup> En el sentido de la gráfica definición de “corazón de las relaciones industriales”, traída por VALDÉS DAL RE de MERLI BRANDINI, “Ruolo e prospettive della contrattazione confederale”, Prospettiva Sindacale, nro. 1, 1980, p. 16.

<sup>48</sup> Cfr. GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Los acuerdos de empresa”, CES, Madrid, 1998, ps. 25-26.

contrapuestos entre las partes, para ir asumiendo un mayor protagonismo, lo que se ha dado en llamar “negociación colectiva de gestión”<sup>49</sup>.

De otro lado se destaca una línea que definiré como política —en sentido amplio— en la que la negociación colectiva aparece procurando trasladar a la vida económica los principios propios del pluralismo social<sup>50</sup> y profundizando la democratización en las relaciones laborales<sup>51</sup> matizando la imposición unilateral que pueda provenir desde el Estado, en función a su capacidad de intervención normativa, o desde el empresariado como acción casi natural dada por su status de superioridad contractual.

Tanto se trate de la prosecución de la ordenación o reglamentación del mercado de trabajo como de la regulación del poder negocial o contractual en clave plural, la negociación colectiva permite potenciar la reorientación de dicha fuerza instrumental hacia necesidades específicas de concertación. Dicha ductilidad que posee la negociación colectiva la convierte en un instrumento eficiente a fin de gestionar la concertación social en diferentes niveles de negociación (empresa o grupo de empresas, actividad, región), en torno a múltiples temas o contenidos (gestión micro/macroeconómica, reconversión industrial, productividad) y ante diversos contextos (crecimiento económico, recesión, desempleo, inflación).

La mentada adaptabilidad o maleabilidad que exhibe la negociación colectiva requerirá, para una exitosa gestión de la concertación, una sofisticada intervención estatal que capitalice sus ventajas y fortalezas, alejada de tentaciones intervencionistas que no producirían otra cosa que el fracaso del diálogo social.

Lo hasta aquí expuesto, enunciado de manera no taxativa sino a modo de reflexiones sistematizadas, delimita de modo crítico el contexto actual general prevalente en la Argentina en lo que respecta a *la existencia de organizaciones de trabajadores y de empleadores sólidas e independientes con la capacidad técnica y el acceso a la información necesarios para participar en el diálogo social*. En el punto siguiente continuaré el discurrir reflexivo y crítico en torno a la relevancia que la libertad sindical ostenta en el sistema nacional de relaciones laborales. Lo haré centrando el foco, como hasta ahora, en su transcendencia ante eventuales experiencias de concertación social.

<sup>49</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, José L., “Introducción al nuevo derecho del trabajo. Una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 272; Vid. REY GUANTER, S., “Transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, La reforma de la negociación colectiva, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 23.

<sup>50</sup> En palabras de Valdés Dal Re “permite a los trabajadores proteger sus intereses mediante medidas de autorregulación y representación”, Cfr. VALDÉS DAL RE, F., “Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 15.

<sup>51</sup> En tanto y en cuanto habilita la posibilidad de intervenir en la adopción de las decisiones que fijan su condición social; Cfr. OIT, “La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado”, Ginebra, 1973, p. 14.

## 2.2. *El respeto a los derechos fundamentales de la libertad sindical y a la negociación colectiva*

Me propongo reflexionar en esta instancia sobre *el respeto de los derechos fundamentales de la libertad sindical y la negociación colectiva*, elementos propios del derecho de las relaciones colectivas de trabajo y cuya presencia ha sido prescripto por la OIT como indispensable a fin de lograr un diálogo social eficaz.

La libertad sindical, en una de sus conceptualizaciones posibles, es entendida como un “conjunto de poderes individuales y colectivos que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno de las asociaciones profesionales de trabajadores”<sup>52</sup>. Debo resaltar que ello implica el deber de garantizar el ejercicio de los derechos colectivos a los trabajadores y empleadores protegiéndolos de toda acción estatal que implique su anulación o subsumisión<sup>53</sup>.

La mentada limitación del avance estatal sobre los sindicatos, sobre todo en términos de anulación o subsumisión, constituye un elemento realmente importante para la viabilidad de la concertación social pues, como he destacado en el título anterior, la representación de los intereses de los trabajadores no puede verse influida ni menoscabada por irrupciones estatalistas<sup>54</sup>.

En lo que respecta al caso argentino, el modelo sindical<sup>55</sup> es el producto de un diseño estatal que mediante regulaciones legales infraconstitucionales impone un sistema de sindicato único. En dicho contexto, la libertad de organización de los trabajadores en clave plural se ve severamente afectada. Afectación intensa de la libertad sindical que ha sido objetada tanto por la propia OIT<sup>56</sup> como por

<sup>52</sup> Cfr. JUSTO LÓPEZ, “Aspectos de la libertad sindical”, LT XX-B, 673. En el mismo sentido, en el ámbito nacional también implica garantizar el derecho del trabajador individualmente considerado a afiliarse, no afiliarse o desafiliarse vid. DEVEALI, Mario, “Derecho sindical y la previsión social”, Buenos Aires, 1957, ps. 68 y ss.; GALLART FOLCH, “Sindicato y libertad sindical”, DT 1952, ps. 205-206; BIELSA, “Tratado de derecho administrativo”, Ed. La Ley, t. IV, p. 142. Vid. VON POTOBSKY, Geraldo, “El convenio 87, su impacto y la acción de la OIT”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 117 (1998), nro. 2, ps. 217-218.

<sup>53</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni, “Teoría e ideologías en el derecho sindical”, en MONE-REO PÉREZ, José L. (dir.), Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, Ed. Comares, Granada, 2002, ps. 33 y ss.; Cfr. JUSTO LÓPEZ, “Libertad sindical” (versión actualizada en el año 2010 por el Dr. Julio César Simón), en SIMON, Julio (dir.), Tratado de derecho colectivo del trabajo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, ps. 169-171.

<sup>54</sup> Señala Goldin que en el caso argentino las demandas organizacionales de los sindicatos desplazan las demandas funcionales de protección social, cfr. GOLDIN, Adrián, «Argentina...», ob. cit., p. 539.

<sup>55</sup> Fallos de la CS “ATE c. Ministerio de Defensa” (2008), “Rossi c. Hospital Naval” (2009) y “ATE c. Municipalidad de Salta” (2013).

<sup>56</sup> Cfr. “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, Conferencia Internacional del Trabajo, 108<sup>a</sup> reunión, 2019, ps. 53-55.

la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>57</sup> y que, desde mi punto de vista, demanda una obligada deconstrucción del modelo legal sindical vigente a fin de subsanar las disfuncionalidades que en clave de desprotección y de eficacia de la acción sindical el mismo produce<sup>58</sup>.

Pero además de los efectos nocivos del modelo de sindicato único impuesto por ley sobre las relaciones colectivas de trabajo “clásicas”, dicho modelo augura no pocas dificultades para la consolidación de un eficaz ejercicio de concertación social.

El concepto de unidad en la negociación como justificante sociológico de la implantación jurídica del modelo de sindicato único en nuestro país debe ser revisado. Y es que su función originaria de evitar la competencia vía la común fijación de condiciones de trabajo<sup>59</sup> entre aquellos que perseguían los mismos puestos de empleo en un mismo ámbito<sup>60</sup>, no alcanza para justificar hoy la unidad de acción de los trabajadores<sup>61</sup> y, mucho menos, para explicar semejante intervención estatal. De hecho, dicha situación originaria de unidad ha sido ya superada como consecuencia de las evoluciones y cambios operados en los métodos productivos y de organización del trabajo.

Dicha fluctuante riqueza funcional que anida en la unidad para la negociación, se confirma como una debilidad en el marco de un análisis como el presente cuya centralidad reposa en las opciones de concertación social en un contexto altamente crítico.

La base de sustentación del diálogo social debería ser amplia y diversa. Por tal motivo, la unidad sindical impuesta por la ley, al inhibir legalmente la posibilidad de una representación plural, cuando esta existiera y así la decidieran los trabajadores, definitivamente atenta contra las necesidades funcionales de una concertación consistente.

<sup>57</sup> Cfr. MUGNOLO, Juan Pablo, “El Aleph de la Corte”, RLSS, nro. 23, diciembre de 2008; vid. MEGUIRA, Horacio, “El ‘Fallo Rossi’ y la estabilidad de todos los representantes de los trabajadores”, DT 2010 (febrero).

<sup>58</sup> Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, “Deconstrucción del Modelo Sindical”, RDL, año LXXII, nro. 1, enero de 2012, p. 5.

<sup>59</sup> Cfr. KAHN FREUND, O., “I conflitti tra i gruppi e la loro composizione”, Política Sindacale, nro. 1, 1960, p. 18; DEVEALI, Mario, “Derecho sindical...”, ob. cit., p. 141; KROTOSCHIN, “Tratado práctico”, t. II, p. 727; SANTORO PASARELLI, F., “Nozioni di Diritto del Lavoro”, Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1952, 6<sup>a</sup> ed., p. 38.

<sup>60</sup> Cfr. WEBER, A. R., “The Structure of Collective Bargaining. Problem and perspectives”, The Free Press of Glencoe, 1961, p. XVIII.

<sup>61</sup> Algunos autores sostienen que la búsqueda de uniformidad entre las condiciones de trabajo además cumple funciones de igualar costes entre de producción entre las empresas que compiten en el mercado o, dicho de otra forma, evitar que dicha competencia se produzca en detrimento de las condiciones de trabajo. Cfr. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “La función uniformadora de condiciones de trabajo del convenio colectivo de sector y la libertad de establecimiento en el Derecho Comunitario”, en Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva, XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías Laborales, Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009; cfr. ALONSO OLEA, M., “Pactos colectivos y contratos de grupo”, Ed. Comares, 2000, p. 88.

Pareciera, pues, que la unidad sindical impuesta por la ley, actuaría como un corsé ante la necesaria representación de una más amplia multiplicidad de sujetos sindicales con suficiente representatividad cuantitativa y cualitativa. Sin ninguna duda esto es así ante un escenario sofisticado, complejo, y también múltiple<sup>62</sup>.

Dicha pluralidad que la concertación social indefectiblemente requiere, demandará una representación vasta que exceda los límites de las organizaciones típicamente sindicales limitadas a trabajadores formales. Me refiero a la incorporación de las representaciones de los trabajadores semidependientes e incluso autónomos, aquellos otros informales y demás grupos vulnerables que no encuentran espacio para la representación de sus intereses ante una imperante lógica *neocorporativa segmentada*<sup>63</sup>. Resultará pues imperioso articular la incorporación a las instancias de diálogo social de un colectivo de semejante magnitud, superando definitivamente los límites impuestos por el neocorporativismo clásico<sup>64</sup>, máxime ante la (des)composición del tejido social en la argentina que alberga hipótesis sobre nuevas instancias de representatividad<sup>65</sup>.

Volviendo sobre las características propias del modelo sindical argentino, cabe detenerse en otra consecuencia de su reglamentación legal que expone, una vez más, su conflictiva relación con el principio de libertad sindical constitucionalmente garantizado. Me refiero a la construcción de un sistema sindical que ha impuesto desde el Estado un tipo organizacional altamente centralizado, de ámbito territorial nacional y por actividad. Dicha construcción es producto de la relevancia que la ley le otorga al dato cuantitativo (cantidad de afiliados) lo cual indefectiblemente impone como acción sindical estratégica la construcción de una base de sustentación amplia (territorial y funcional). Y es que, a mayor cantidad de afiliados, mayores posibilidades de obtener personería gremial o, lo más realista, menor posibilidad de que dicha titularidad de la

<sup>62</sup> En tal sentido, se ha sostenido que el agotamiento del modelo de macro concertación y su desplazamiento en favor de un modelo más descentralizado de concertaciones sociales pluralistas (con diversidad de instancias y sujetos participantes) es también consustancial a la crisis institucional del modelo vigente de institucionalización de la figura del sindicato más representativo, inspirado en su lógica interna en la máxima centralización de los actores sociales (centralización organizativa y monopolio asociativo) y de los procesos decisionales en materia económica y social. Cfr. LHEMBRUCH, G., “La concertación y la estructura de las redes corporativistas”, en GOLDTORPE J. H. (comp.), Orden y conflicto en el capitalismo contemporáneo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, ps. 94 y ss.

<sup>63</sup> Vid. ETCHEMENDY, S. – COLLIER, R., “Golpeados pero de pie. Resurgimiento sindical y neocorporativo segmentado en Argentina” (2003/2007), Postdata, nro. 13, agosto de 2008.

<sup>64</sup> Cfr. GOSTNER, Karl – EDIGHEJI, Omano, “Diálogo social: la experiencia sudafricana”, en OIT, Sindicatos y diálogo social: situación actual y perspectivas, Educación obrera, 2000/3, nro. 120, Ginebra, 2000, p. 90, cit. por GARCÍA, H., “Tripartismo e institucionalización del diálogo social en la Argentina y el Mercosur”, DT 2004-A, 477.

<sup>65</sup> Vid. GRABOIS, Juan, “La personería social. Perspectivas en torno al nuevo régimen de agremiación para los trabajadores de la economía popular”, Revista de Derecho Laboral Actualidad, 2017-2, Rubinzel-Culzoni.

personería que ostenta sea disputada con éxito por otro eventual, poco factible y débil, colectivo de trabajadores organizado<sup>66</sup>. Otro factor legal que promueve la centralización de la organización sindical es la deliberada imposibilidad fáctica de creación de sindicatos de grado inferior, de oficio o de empresa. Posibilidad que se encuentra marginalmente habilitada solo ante la inexistencia de un sindicato de actividad<sup>67</sup>.

Así pues, la imposición o intensa promoción estatal de un tipo organizacional centralizado preferido, pone nuevamente en evidencia que el modelo sindical argentino ostenta una conflictiva relación con el principio de libertad sindical plantándose al límite de su sistemática vulneración.

Sin embargo, no se trata en esta oportunidad de agotar el ejercicio analítico relativo al sistema sindical argentino en torno a la ponderación del grado de respeto al principio de libertad sindical constitucionalmente garantizado. En el marco del presente ensayo, he pretendido ampliar la óptica de análisis incorporando una *nueva debilidad funcional*, que también desnuda otra flaqueza del actual sistema de representación de los trabajadores y la cual se pone de manifiesto cuando a este se apela en tanto instrumental necesario para la concertación social.

No obstante el escenario descripto en párrafos anteriores, y tributando a cierta lógica de tipo funcionalista propia del presente trabajo, vale la pena indagar entre la opacidad legal a fin de determinar si, aún en dicho cuestionable contexto, existen elementos que puedan coadyuvar al desarrollo de experiencias de concertación en la Argentina.

Un primer elemento que desde el contexto argentino aportaría alguna dosis de funcionalidad para con las experiencias de concertación, radica en ese tipo de *rol político* que se le asigna al sindicato<sup>68</sup>; aun cuando dicho rol político aparezca puesto en función de una lógica estatalista que, *a priori*, menguaría su eficacia para con el diálogo social<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Cabe destacar que el andamiaje legal argentino, en lo que respecta al criterio para eventuales casos de disputa de representatividad, ha sido —y es— cuestionado por los órganos de control de la OIT. Me refiero al art. 28, ley 23.551 (que requiere para poder disputar la personería gremial a una asociación, que la demandante posea una cantidad de afiliados “considerablemente superior”) y al art. 21, dec. regl. 467/1988, que califica el término “considerablemente superior” al establecer que la asociación que pretenda la personería gremial deberá superar a la que la posea como mínimo en un diez por ciento de sus afiliados cotizantes.

<sup>67</sup> Arts. 29 y 30, ley 23.551, los cuales han sido —y son— señalados críticamente por los órganos de control de la OIT (CEACR y CLS) por afectar el derecho a la libertad sindical.

<sup>68</sup> Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos, “Colección ‘El sindicato como sujeto político’”, con comentario de Wilfredo Sanguinetti Raymond, en MUGNOLO, Juan Pablo (dir.), Clásicos actuales del derecho del trabajo, Ediar, Buenos Aires, nov. 2018 (ISBN 978-950-574-384-1).

<sup>69</sup> Señala Goldin de modo crítico que en la lógica estatalista el objetivo estratégico fundamental que orienta la acción sindical es la de facilitar la sustitución del gobierno «ajeno» por otro «propio» en el que sea haga posible recuperar en plenitud la inserción del sindicalismo en el aparato estatal. Cfr. GOLDIN, Adrián, «El trabajo y los mercados...», ob. cit., p. 121.

El sindicalismo argentino ha sido investido con atributos de protagonismo político como producto del juego dialéctico confrontación/apoyo acrítico, al que se presta según sea el partido en el gobierno<sup>70</sup>, lo cual ha derivado en su eventual inmersión dentro de la estructura estatal cuando dicha dinámica se lo permite. Tal reconocimiento de dicho atributo político lo ha obligado a incorporar altas dosis de racionalidad, prudencia y predisposición negociadora cuando las circunstancias internas o externas lo han requerido.

Es así pues que, la tradición sindical argentina —por lo menos en su versión ortodoxa, clásica y mayoritaria— ha ido internalizando conductas sistémicas con relativas altas dosis de racionalidad negocial<sup>71</sup>, las cuales no se pueden omitir al momento de encarar experiencias de diálogo social<sup>72</sup>.

Un segundo elemento a considerar es aquel que refiere a la problemática cuestión de la *representatividad* sindical ante una futura instancia de concertación social.

En la experiencia argentina, la cuestión de la representación de los trabajadores viene resuelta por la legislación nacional al asignarle al sindicato con mayor cantidad de afiliados la calificación de más representativo. Dicha solución legal acota la posibilidad de que, *a priori*, surjan conflictos de representatividad sindical dado que el Estado *ex ante* lo previene mediante el otorgamiento de personería gremial a aquella organización con mayor base asociativa. Personería gremial que conlleva el goce exclusivo de todas las facultades propias de un sindicato<sup>73</sup> el cual, como consecuencia de dicha fortaleza inicial<sup>74</sup>, lo constituye en un agente institucional monopólico, estable y representativo.

Lejos de intentar matizar la vulneración al principio de libertad sindical que opera desde el sistema legal sindical, debo destacar que el tratamiento estatal de la representatividad podría señalarse como una ventaja de tipo sistemática

<sup>70</sup> Vid. PARAMIO, Ludolfo, “Sindicato y partido: un conflicto creativo”, Nueva Sociedad, nro. 83, mayo-junio 1986, ps. 75-80.

<sup>71</sup> Dosis de funcionalidad que fluyen de manera natural frente a un gobierno partidariamente amigo y que, en sentido contrario, menguan su intensidad ante gobiernos partidariamente no amigos. En ambos casos, sin importar la orientación de las políticas que el gobierno encarne (el ejemplo del gobierno peronista de 1989 a 1999 se impone como paradigmático).

<sup>72</sup> Solo a modo de ejemplo y tomando el período histórico que va desde la recuperación democrática de 1983 a la fecha: el Comité de Trabajo de 1984, el Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social de 1994 (CGT, UIA, CAC, Cámara Argentina de la Construcción, ABA, ABRA, SRA y Bolsa de Comercio), el Acta de coincidencias entre Gobierno Nacional y CGT de 1998, la Mesa del Diálogo Social Argentino (2002).

<sup>73</sup> Disposiciones de la ley 23.551 que otorgan a las organizaciones sindicales con personería gremial los siguientes privilegios (la representación de intereses colectivos diferentes de la negociación colectiva (art. 31), la retención en nómina de las cuotas sindicales (art. 38), la exención de impuestos y gravámenes (art. 39) y una protección especial a sus representantes (arts. 48 y 52).

<sup>74</sup> Conforme define el fenómeno Adrián Goldin, a favor del primo capiendo con apariencia de suficiente representatividad; cfr. GOLDIN, Adrián, «El trabajo y los mercados...», ob. cit., ps. 55-56.

dada la importancia de la presencia de una estable representación de los trabajadores ante posibles instancias de concertación macro, pero sobre todo micro. Estabilidad, es cierto, que en cierta medida se construye sobre la mengua de pluralidad.

Un tercer elemento con visos de funcionalidad para con experiencias de concertación y diálogo, lo constituye la predominancia en la Argentina de un tipo organizacional sindical centralizado. Dicha tipología sindical —como he ya mencionado intensamente “promocionada” sino impuesta por la ley<sup>75</sup>— dada la amplitud de su base representativa podría llegar a significar en ocasiones una ventaja en pos de la puesta en práctica de instancias de concertación macro. Recuérdese que, en el género concertación macro, he mencionado los acuerdos tripartitos para los cuales la presencia de un sujeto sindical con amplia base de sustentación representativa es un dato relevante.

En la misma línea de análisis, la mentada preferencia por organizaciones sindicales con alto grado de centralización territorial y funcional, sumado a la inexistencia de sindicatos específicamente de empresa podría convertirse en una desventaja al momento de encarar acciones de microconcertación a nivel de empresa.

Resta señalar finalmente cierta desatención legal en materia de representación y representatividad empresaria que afecta tanto el grado de independencia de las organizaciones de empleadores como así también su derecho a la libertad sindical<sup>76</sup>.

En materia de concertación macro, la multiplicidad y complejidad de un escenario futuro, demanda una representación empresarial también amplia y plural, que involucre a todas las actividades y contemple las particularidades de cada uno de los emprendimientos económicos. En definitiva, hago un idéntico señalamiento al que he manifestado en párrafos anteriores al referirme al sujeto sindical<sup>77</sup>.

En tal sentido, la representación empresarial en las experiencias de concertación macro en la Argentina, ha contado unas veces con representaciones amplias y plurales, y en cambio en otras, se ha conformado por representaciones restringidas y poco representativas. En ambas circunstancias, la representativi-

<sup>75</sup> La legislación argentina impone una clara limitación a la existencia de sindicatos de oficio y de empresa, la cual supedita a la no existencia de un sindicato de actividad o unión (arts. 29 y 30, ley 23.551).

<sup>76</sup> Recuérdese que el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (nro. 87) refiere a los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa.

<sup>77</sup> En una perspectiva de análisis sobre el interés colectivo como instrumento conceptual que explica y justifica la acción asociacionista colectiva, Ackerman agrega al concepto de interés colectivo clásico construido por Tarello (vid. TARELLO, Giovanni, “Teoría...”, ob. cit., p. 28) el dato de la “bilateralidad” mediante el cual pone de manifiesto que el interés colectivo también se construye del lado de los empleadores; cfr. ACKERMAN Mario, “Relaciones colectivas de trabajo”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. I, cap. II, “Interés colectivo”, p. 33.

dad empresaria ha radicado en cierto reconocimiento estatal constitutivo. Es el Estado el que decide o legitima la representación de los intereses de los empresarios dependiendo de las necesidades políticas o económicas del momento<sup>78</sup>.

En la experiencia argentina, esa intervención estatal “por acción” que interfiere en la conformación de la representación empresarial, se hace presente en instancias de macroconcertación de tipo tripartita, aunque también se pone de manifiesto en instancias de micro y macroconcertación canalizadas vía la negociación colectiva.

En el caso específico de la negociación colectiva, la legislación argentina vigente, tributaria de un intervencionismo sistémico<sup>79</sup>, pone en manos del Ministerio de Trabajo, con excesivo margen de discrecionalidad, la facultad de determinar la representatividad de una Cámara empresaria<sup>80</sup>.

La inexistencia de parámetros objetivos y procedimientos transparentes, en muchas ocasiones tienen por consecuencia la constitución de colectivos empresarios con insuficiente densidad representativa. En tales casos, la ausencia de una representación empresaria realmente consistente atentará contra la eficacia de los acuerdos de concertación que se logren<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Ante una experiencia paupérrima en materia de diálogo social, traigo como ejemplo de las fluctuaciones estatales en el reconocimiento de la legitimidad empresarial, dos Resoluciones del Ministerio de Trabajo destacadas por Mario Ackerman. Una de ellas la res. MTESS 397/2020 (29 de abril de 2020), que “recoge” lo acordado entre la CGT y la Unión Industrial Argentina y fija los requisitos generales para la homologación de las presentaciones que se efectúen ante esa autoridad administrativa para la aplicación de suspensiones en los términos admitidos por el art. 223 bis de la LCT. La otra res. 225/2019 del entonces Ministerio de Producción y Trabajo por la que se creó la Comisión de Diálogo Social para el Futuro del Trabajo, que contaba con una representación plural empresarial, a saber, Cámara Argentina de Comercio y Servicios (CAC), Confederación Argentina de la Mediana Empresa (CAME), Asociación Empresaria Argentina (AEA), Sociedad Rural Argentina (SRA), Confederaciones Rurales Argentinas (CRA), Federación Agraria Argentina (FAA), Confederación Intercooperativa Agropecuaria Limitada (CONINAGRO), Cámara Argentina de la Construcción (CAMARCO), Asociación de Bancos Argentinos (ADEBA), Asociación de Bancos de la Argentina (ABA), la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (BCBA) y el Instituto para el Desarrollo Empresarial de la Argentina (IDEA). Cfr. ACKERMAN, Mario, “Es la hora del diálogo social”, Ed. Rubinzal-Culzoni, cita: RC D 1820/2020, mayo 2020, ps. 6-8.

<sup>79</sup> Dicho intervencionismo en materia de determinación del sujeto negociador empresarial podría explicarse por el temor por parte de los gobiernos de dejar al sujeto sindical (privilegiado y políticamente central en el tradicional sistema de relaciones laborales argentino) sin la contraparte empresarial indispensable para la conclusión del negocio jurídico de la negociación colectiva y su consecuente convenio colectivo. Con las implicancias que en materia de gobierno y gestión de las relaciones laborales implica, más allá de aquellas otras del tipo políticas clásicas.

<sup>80</sup> Desde el año 2004, ante la ausencia de reglamentación del art. 2º de la ley 14.250, el Ministerio de Trabajo cuenta con facultades discrecionales ilimitadas para la conformación de la unidad de representación del sector empresario. Dicha situación, en la secuencia legislativa argentina encuentra un solo tuvo un intento fallido de solución en la derogada ley 25.250. La preocupante asignación de representatividad empresarial a un colectivo que en realidad no la ostente, suele consolidarse de manera preocupante mediante el acto administrativo de conformación de la comisión negociadora el cual, por considerarse meramente preparatorio, se lo reputa irrecusable consolidando así una inconsistente representación del sector empresario.

<sup>81</sup> Cfr. MUGNOLO, Juan Pablo, “La representación empresarial en la negociación colectiva”, Revista Trabajo y Seguridad Social, nro. 6, Buenos Aires, junio de 2011, p. 420.

Siendo enfocada la negociación colectiva no solo como un ejercicio contractual privado sino iluminando su trascendencia en la concertación micro y macro, la presencia de sujetos fehacientemente representativos constituye un dato que no se puede desdeñar a fin de evitar que ello produzca efectos funcionales negativos ante las eventuales acciones de concertación y diálogo social.

Tras el análisis sobre lo contextual y lo sistémico, apelando al instrumental teórico en materia de diálogo social y concertación, he procurado identificar aquellas características propias del modelo argentino de relaciones colectivas de trabajo que resulten funcionales —aunque también aquellas disfuncionales— para con eventuales construcciones de instancias de diálogo social en clave argentina. En un ejercicio que en algunos casos se ha tornado especulativo, aunque dentro de un marco teórico analítico, he procurado dejar planteado lo que podrían ser lineamientos para una futura investigación o, cuanto menos, provocaciones académicas para reflexionar críticamente sobre el devenir del diálogo social futuro en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario, “Es la hora del diálogo social”, Ed. Rubinzal-Culzoni, cita: RC D 1820/2020, mayo 2020.
- “Relaciones colectivas de trabajo”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. I, cap. II, “Interés colectivo”.
- AÍN, Gastón – LOGIOCO, Bautista, “Decálogo anti-Polarización”, *Revista Turbulencias, Revista internacional de resolución de conflictos, mediación, negociación y diálogo*, publicación trimestral del Instituto de Mediación de México, 15/02/2021, disponible en <https://franciscodiez.com.ar/7634-decalogo-anti-polarizacion-por-gaston-ain-y-bautista-logioco> (consultado el 14/04/2021).
- ALBURQUERQUE, R., “El Estado frente a la autonomía colectiva”, *X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, 1989.
- ALONSO OLEA, M., “Pactos colectivos y contratos de grupo”, Ed. Comares, 2000.
- ARAGÓN, Jorge, “El valor del acuerdo: Notas sobre los acuerdos interconfederados para la estabilidad en el empleo y la negociación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nro. 10. Serv. Pub., UCM, Madrid, 1997.
- BIELSA, R., “Tratado de derecho administrativo”, Ed. La Ley, t. IV.
- CAWSON (ed.), “Organized Interests and the State Studies in Meso-Corporativism”, Sage, London - Beverly Hills, 1985.
- CLEGG, H., “El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva”, MTSS, Madrid, 1985.
- DAHL, R. “Democracy and its critics”, Yale University Press, New Haven (Conn.) - London, 1989.

- DEVEALI, Mario, “Derecho sindical y la previsión social”, Buenos Aires, 1957.
- “Las cláusulas menos favorables de la nueva convención colectiva”, *Derecho del Trabajo*, 1966.
- ERMIDA URIARTE, Oscar, “Diálogo social: teoría y práctica”, DT 2003-B.
- “Diálogo social: teoría y práctica”, *Boletín Cintefor*, nro. 157, Montevideo, 2006.
- ETCHEMENDY, S. – COLLIER, R., “Golpeados pero de pie. Resurgimiento sindical y neocorporativo segmentado en Argentina” (2003/2007), *Postdata*, nro. 13, agosto de 2008.
- GALLART FOLCH, “Sindicato y libertad sindical”, DT 1952.
- GARCÍA ARCE, María Cruz, “Diálogo social sobre formación profesional en España”, *Aportes para el diálogo social y la formación*, nro. 9, OIT - Cinterfor, Montevideo, 2002.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Los acuerdos de empresa”, Ed. CES, Madrid, 1998.
- GOLDIN, Adrián, “Argentina: ¿Corporativismo estatal o corporativismo democrático”, *El Derecho del trabajo. Conceptos, instituciones y tendencias*, Ediar, Buenos Aires, 2014.
- “El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina”, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- “Hacia el reconocimiento constitucional del derecho a la información (Crisis de la lógica tradicional de protección)”, DT XLVIII-A, Buenos Aires.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Crítica a la flexiseguridad”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, nro. 16, enero-junio de 2013.
- GOSTNER, Karl – EDIGHEJI, Omano, “Diálogo social: la experiencia sudaficana”, en OIT, *Sindicatos y diálogo social: situación actual y perspectivas*, *Educación obrera*, 2000/3, nro. 120, Ginebra, 2000.
- GRABOIS, Juan, “La personería social. Perspectivas en torno al nuevo régimen de agremiación para los trabajadores de la economía popular”, *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, 2017-2, Rubinzel-Culzoni.
- HELLER, H. “Democracia”, en *Escritos políticos*, Madrid, 1985.
- JUNKO ISHIKAWA, “Aspectos clave del diálogo social nacional: un documento de referencia sobre el diálogo social”, Programa InFocus sobre Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, mayo de 2004.
- JUSTO LÓPEZ, “Aspectos de la libertad sindical”, LT XX-B, 673.
- “Libertad sindical” (versión actualizada en el año 2010 por el Dr. Julio César Simón), en SIMÓN, Julio (dir.), *Tratado de derecho colectivo del trabajo*, Ed. La Ley, Buenos Aires 2012, t. I.
- KAHN FREUND, O., “I conflitti tra i gruppi e la loro composizione”, *Política Sindicale*, nro. 1, 1960.

- LHEMBRUCH, G., “La concertación y la estructura de las redes corporativistas”, en GOLDTHORPE J. H. (comp.), *Orden y conflicto en el capitalismo contemporáneo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- LOEWESTEIN, I., “Teoría de la Constitución”, 1979, trad. Á. Gallego Anabiarte Barceló.
- LUHMANN, N., “Teoría política en el Estado de bienestar”, Madrid, 1994.
- MARQUES PEREIRA, B., “Corporativismo societal y corporativismo de Estado: dos modos de intercambio político”, *Foro Internacional*, vol. 39, nro. 1 (155), enero-marzo, 1999.
- MARSHALL, A. – PERELMAN, L., “Cambios paradigmáticos en los patrones de negociación colectiva en la Argentina y sus factores explicativos”, *Estudios Sociológicos del Colegio de México*, XXII, nro. 65, 2004.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Concertación social y tripartismo: modelos de concertación social en Europa”, en DURÁN LÓPEZ, Federico (coord.), *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, CES-AECI, Madrid, 1998.
- “Concertación y diálogo social. Especial referencia al papel del Consejo Económico y Social”, RL, 1994 (II).
- MARTÍN VALVERDE, A. – RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. – GARCÍA MURCIA, J., “Lecciones de derecho del trabajo”, Universidad de Oviedo, 1990.
- MEGUIRA, Horacio, “El ‘Fallo Rossi’ y la estabilidad de todos los representantes de los trabajadores”, DT 2010 (febrero).
- MONEREO, J. L., “Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo”, Ed. Universidad, Granada, 1988.
- , “Concertación y Diálogo Social”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999.
- “Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MORENO VIDA, Ma. Nieves, “Diálogo social y concertación en las relaciones laborales de Andalucía”, *Temas Laborales*, vol. II, nro. 100/2009.
- MUGNOLO, Juan Pablo, “Deconstrucción del Modelo Sindical”, RDT, año LXXII, nro. 1, La Ley, Buenos Aires, enero de 2012.
- “El Aleph de la Corte”, RLSS, nro. 23, Abeledo Perrot, Buenos Aires, diciembre de 2008.
- “La representación empresaria en la negociación colectiva”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, nro. 6, Buenos Aires, junio de 2011, p. 420.
- “Los derechos de información y consulta con las representaciones de los trabajadores en las empresas”, trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación titulado *Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales* (DER2015-67055-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España, Cinca, 2018, Madrid, España.

- OIT, “El diálogo social como motor e instrumento de gobernanza del desarrollo sostenible”, Documento temático de la OIT y la CSI —ES— D/2017/11.962/15, RSCD 2017.
- “La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado”, Ginebra, 1973.
- “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, Conferencia Internacional del Trabajo, 108<sup>a</sup> reunión, 2019, ps. 53-55.
- OJEDA AVILÉS, A. (coord.), “Los consejos económicos y sociales”, Madrid, 1992.
- OJEDA AVILÉS A. – GUTIÉRREZ PÉREZ, “La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica”, *Themis* 65, 2014.
- OZAKI, Muneto – RUEDA, Marleen, “Diálogo social: un panorama internacional”, en OIT, *Sindicatos y diálogo social: situación actual y perspectivas*, *Educación Obrera* 2000/3, nro. 120, Ginebra, 2000.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos, “Colección ‘El sindicato como sujeto político’”, con comentario de Wilfredo Sanguinetti Raymond, en MUGNOLO, Juan Pablo (dir.), *Clásicos actuales del derecho del trabajo*, Ediar, Buenos Aires, nov. 2018 (ISBN 978-950-574-384-1).
- PARAMIO, Ludolfo, “Sindicato y partido: un conflicto creativo”, *Nueva Sociedad*, nro. 83, mayo-junio 1986.
- REDER, Melvin, “El interés público en los asuntos salariales”, en DUNLOP, John y otros, Marymar, 1971.
- REGINI, M., “El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de formas nuevas de concertación”, en AA.VV., *La concertación social tras la crisis*, Ed. Ariel, 1990.
- REY GUANTER, S., “Transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos”, *La reforma de la negociación colectiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “La institucionalización de la representación de intereses: los Consejos económicos y sociales”, en DURÁN LÓPEZ, Federico (coord.), *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, Ed. CES, Madrid, 1998.
- SANTORO PASARELLI, F., “Nozioni di Diritto del Lavoro”, Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1952, 6<sup>a</sup> ed.
- SCHMITTER, P. C., “¿Continúa el siglo del corporativismo?”, en *Teoría del Neocorporativismo: Ensayos de Philippe Schmitter*, Universidad de Guadalajara, 1992.
- “La concertación social en perspectiva comparada”, en ESPINA, A. (comp.), *Concertación social, neocorporativismo y democracia*, Madrid, 1990.

- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “La función uniformadora de condiciones de trabajo del convenio colectivo de sector y la libertad de establecimiento en el Derecho Comunitario”, en *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*, XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías Laborales, Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009.
- TARELLO, Giovanni, “Teoría e Ideologías en el Derecho Sindical”, en MONEREO PÉREZ, José L. (dir.), *Colección Crítica del Derecho*, Sección Arte del Derecho, Ed. Comares, Granada, 2002.
- VALDÉS DAL RE, F., “Relaciones laborales, negociación colectiva y plurallismo social”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- VANACLOCHA BELLER, “Estudio sobre el desarrollo por ley ordinaria del art. 131 del texto constitucional”, Madrid, 1980.
- VON POTOBSKY, Geraldo, “El convenio 87, su impacto y la acción de la OIT”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), nro. 2.
- WEBER, A. R., “The Structure of Collective Bargaining. Problem and perspectives”, The Free Press of Glencoe, 1961.

Recepción: 18/04/2021.

Aceptación: 26/05/2021.



# LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO DEL TRABAJO SIN FRONTERAS \*

Por WILFREDO SANGUINETTI RAYMOND \*\*

*“...la reglamentación internacional del trabajo se ha considerado condición indispensable a la misma existencia (...) de las legislaciones nacionales. Si estas no hubiesen de tener vigencia más que dentro de las fronteras nacionales, su existencia, se pensaba, habría de ser precaria (...). En resumen, se había arraigado fuertemente la idea de que la legislación del trabajo habría de ser internacional o no existir en absoluto”.*

VALTICOS, N., “Derecho Internacional del Trabajo”, 1970.

## **Resumen:**

*El presente ensayo está dedicado al estudio del proceso de construcción de nuevas formas de gobernanza global del mundo del trabajo que se está llevando a cabo como consecuencia de la interacción de instrumentos reguladores de diferentes tipos y orígenes, todos ellos destinados a garantizar un núcleo fundamental de condiciones laborales justas en el espacio económico global. La hipótesis que le sirve de base es la de la consideración de este proceso como el embrión de un inédito derecho laboral transnacional de base híbrida y regulación multinivel, fruto de la convicción —social, política, sindical e incluso empresarial— en torno a la necesidad de una globalización jurídica que acompañe y complemente la globalización económica. Las características fundamentales de este nuevo derecho serían, por un lado, el uso del poder que ejercen las empresas multinacionales sobre sus cadenas de producción mundiales como instrumento fundamental para la imposición transnacional de sus contenidos y, por otro, la utilización de mecanismos de intervención pública para canalizar el ejercicio de este poder hacia el logro de sus objetivos, dando lugar a sinergias entre ambos y a fórmulas de corregulación público-privada.*

\* El presente artículo constituye una versión actualizada de la ponencia general del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre “El futuro del trabajo: cien años de la OIT”, celebrado en Salamanca los días 30 y 31 de mayo de 2019.

\*\* Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Salamanca.

**Palabras clave:**

*Empresa multinacional, diligencia debida, responsabilidad social de las empresas, cadenas de mundiales de producción.*

## GLOBAL PRODUCTION CHAINS AND THE CREATING OF A LABOR RIGHT WITHOUT BORDERS

**Abstract:**

*This essay is devoted to the study of construction process of new forms of global governance in the work world that is taking place as a consequence of regulatory instruments interaction of different types and origins, all of them aimed at guaranteeing a fundamental nucleus of fair labor conditions in the global economic space. The hypothesis on which it is based is the consideration of this process as the origin of an unprecedented Transnational Labor Law with a hybrid base and multilevel regulation, as a result of the conviction—social, political, trade union and even business—on need for a legal globalization that accompanies and complements economic globalization. The fundamental characteristics of this new law would be, in first instance, the use of power exercised by multinational companies over their global production chains as a fundamental instrument for transnational imposition of their contents and, in second instance, the use of public intervention mechanisms to channel the exercise of this power towards the achievement of their objectives, giving rise to synergies between both and to public-private co-regulation methods.*

**Keywords:**

*Multinational enterprise, due diligence, corporate social responsibility, global production chains.*

### 1. LA PARADOJA DEL CENTENARIO

La “vieja dama” del sistema de las Naciones Unidas, como era conocida ya en 1949 la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>1</sup>, ha cumplido cien años en 2019. A lo largo de este primer siglo de existencia, la OIT ha demostrado poseer una muy notable capacidad de promoción de sus objetivos, ligados desde sus inicios al fomento de la justicia social en el mundo del trabajo, adaptándose a las muy diversas circunstancias históricas, políticas y económicas que se han venido sucediendo a lo largo del siglo XX. Dan cuenta de ello su más que notable patrimonio normativo, compuesto por 190 convenios internaciona-

<sup>1</sup> Como recuerda MAUPAN, Francis, “L’OIT à l’épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?”, OIT, Ginebra, 2012, p. 2.

les, 6 protocolos y 206 recomendaciones, y la reconocida objetividad, solidez y calidad, tanto técnica como moral, de su sistema de control<sup>2</sup>. Así como el reconocimiento unánime de que se trata de la organización internacional que ostenta la autoridad, competencia y legitimidad cuando del tratamiento de internacional de los derechos asociados al trabajo se trata.

Pero la OIT no llega a este centenario sin heridas. Estas no están representadas solo por el “mortífero” contencioso<sup>3</sup> en torno a la garantía internacional del derecho de huelga, que bloquea en la actualidad el funcionamiento de su sistema de control, sino por la notoria crisis en la que se encuentra inmerso el sistema de producción de normas internacionales del trabajo que constituye uno de sus ejes fundamentales de actuación. A nadie escapa, en este sentido, que en los últimos años tanto la aprobación de nuevos convenios internacionales como la ratificación de los ya existentes han disminuido drásticamente, siendo estas últimas insuficientes para garantizar su vigencia universal en muchos casos<sup>4</sup>.

Esta crisis se produce, por paradójico que parezca, en un momento en el cual, debido a la consolidación del proceso de globalización económica y financiera, no solo se ha extendido hasta convertirse en universal la conciencia social en torno a la necesidad de una regulación internacional que ponga límites a la cada vez más acusada competencia entre sistemas sociales impulsada por esta, sino que asistimos a un creciente proceso de construcción de fórmulas e instrumentos de muy diversa naturaleza, todos ellos dirigidos a promover la aplicación efectiva de al menos un núcleo básico de condiciones laborales juntas a lo largo y ancho del planeta. Muestra de ello son el sinfín de iniciativas, declaraciones, protocolos, códigos de conducta, acuerdos marco, y sistemas de verificación, puestos en circulación en los últimos años con esta finalidad. Nunca antes ha habido, así, una preocupación mayor por la vigencia universal de los derechos laborales. Y nunca antes ha existido un proceso más amplio de construcción de herramientas de proyección internacional dirigidas a garantizarla.

Lo que ocurre es que la OIT y su sistema de producción de normas no se encuentran, por vez primera, en el centro de esta dinámica, que no se expresa ya a través de convenios y recomendaciones dirigidos a los Estados, sino de una variedad de instrumentos emanados de una gama igualmente amplia de

<sup>2</sup> En palabras de DAUGAREILH, Isabelle, “Introduction”, en DAUGAREILH, Isabelle (dir.), *La responsabilité sociale de l’entreprise, vecteur d’un droit de la mondialisation?*, Bruylant, Bruselas, 2017, p. 54.

<sup>3</sup> Como lo califica OJEDA AVILÉS, Antonio, “Transnacionalidad, globalización e internacionalización. Tres enfoques distintos pero complementarios”, *Trabajo y Derecho*, nro. 43-44, julio-agosto de 2018, p. 16.

<sup>4</sup> Esto ocurre incluso tratándose de los convenios considerados por la propia OIT como “fundamentales”, pese al notable incremento del número de ratificaciones de las que han sido objeto en las últimas dos décadas. Baste con indicar que alrededor de la mitad de la población mundial no se encuentra cubierta por los convenios 87 y 89, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, al no haberlos ratificado países de gran densidad demográfica como China, India, Estados Unidos y Brasil.

instancias e instituciones, tanto públicas como privadas, todos los cuales buscan proyectar esa garantía, antes que sobre un determinado territorio nacional, al vasto universo de las actividades de las empresas multinacionales y sus redes de filiales, proveedores y contratistas desplegados a lo largo y ancho de todo el planeta. El eje propulsor del respeto de los derechos laborales en el mundo da la impresión de haberse desplazado, de tal modo, del casi absoluto monopolio de la OIT, apenas relativizado a partir de 1948 por la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados internacionales sobre la materia, hacia una pluralidad de sujetos, muy distintos unos de otros. En tanto que su espacio de actuación parece bascular, a su vez, del territorio de los Estados hacia las cadenas mundiales de producción.

La “compleja arquitectura de la normalización mundial del trabajo” que de tal modo se asoma<sup>5</sup> nos aleja de muchas de las certezas del pasado. Como se ha afirmado, nos encontramos en un momento de tránsito, de formas de poder “autoritarias, jerárquicas, verticales”, como las que han inspirado la construcción estado-céntrica del derecho del trabajo del siglo XX<sup>6</sup>, a fórmulas “negociadas, reticulares, horizontales, consensuales”, posiblemente “más civilizadas”, pero también “más complejas”<sup>7</sup>. Y, sobre todo, de más inciertos efectos y resultados. La gran cuestión que esta transformación postula es, por supuesto, si estas nuevas fórmulas de gobernanza global, dirigidas a un espacio de aplicación distinto del estatal creado por la dinámica del mercado global, pero que a la vez toman como referente los derechos proclamados por la OIT y buscan darles efectividad, están en condiciones de representar una contribución efectiva a esa construcción de un derecho del trabajo capaz de superar las fronteras nacionales que inspiró en 1919 a los fundadores de la OIT, para los cuales “la legislación del trabajo había de ser internacional o no existir”<sup>8</sup>, y que se encuentra hoy en el centro de las preocupaciones y las demandas de nuestras sociedades democráticas.

<sup>5</sup> HENDRIKX, Frank – MARX, Axel – RYAP, Glenn – WOLTERS, Jan, “La arquitectura de la gobernanza mundial del trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, nro. 3, 22/12/2016, p. 370.

<sup>6</sup> BAYLOS GRAU, Antonio P., “La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales”, en MONEREO PÉREZ, Juan L. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Ed. Co-mares, Granada, 2018, p. 114.

<sup>7</sup> En palabras de RAMONET, Ignacio, “Géopolitique du chaos”, Gallimard, Paris, 1999, ps. 7-8.

<sup>8</sup> Conforme apunta VALTICOS, Nicolas, “Derecho internacional del trabajo”, Ed. Técnicos, Madrid, 1977, p. 27.

## 2. EL DESPLIEGUE DE LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN Y LA CRISIS DE LOS SISTEMAS TRADICIONALES DE CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

En la base de la demanda de nuevos instrumentos de garantía de los derechos laborales a escala planetaria se encuentra la conformación de una nueva realidad económica y productiva a nivel internacional en la última década del pasado siglo. Esta viene marcada por la emergencia de la empresa multinacional como actor privilegiado del proceso de globalización y la adopción por esta de una nueva estructura, basada en la sustitución de su tradicional organización vertical, construida a partir de sucursales y filiales situadas en los Estados a cuyos mercados tenía interés en acceder, por fórmulas modulares de articulación<sup>9</sup> basadas en la creación de relaciones de naturaleza preferentemente contractual con una variedad de sujetos, todos en principio independientes desde el punto de vista jurídico, los cuales se sitúan en diversas localizaciones remotas, elegidas en función las ventajas que cada una ofrece y no del destino de los bienes que producen<sup>10</sup>. Hacen su aparición de tal modo las *cadenas mundiales de producción*, denominadas también cadenas globales de suministro o de valor, como forma de organización predominante del comercio, las inversiones y la producción del capitalismo global, cuyos contradictorios efectos sobre el empleo y las condiciones laborales se dejarán sentir en los años venideros en los países destinatarios de sus distintos eslabones.

De estas cadenas, de su morfología y de sus efectos sociales y laborales, así como de la manera como incrementan la vulnerabilidad de los trabajadores de los territorios donde se sitúan, exponiéndolos a dinámicas y relaciones de poder en principio impermeables a toda forma externa de tutela, tanto de fuente nacional como internacional<sup>11</sup> tratan los siguientes apartados.

### *2.1. La nueva morfología de la empresa multinacional y sus contradictorios efectos sobre el empleo y las condiciones laborales*

Las empresas multinacionales son “unas máquinas formidables”, no solo “de producir externalidades”, como se ha apuntado, haciendo alusión a las tragedias industriales y ecológicas relacionadas con sus actividades a las

<sup>9</sup> BRINO, Vania, “Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi ‘esperimenti’ regolativi”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, nro. 1, 2018, p. 2.

<sup>10</sup> En realidad, como apunta VACARIE, Isabelle, “Le travail dans un marché sans frontières”, *Revue du Droit du Travail*, nro. 10, 2015, p. 634, la auténtica novedad no radica tanto en la opción por la desverticalización de los procesos productivos, que tiene un alcance más general, como en la ampliación de su escala. Con la consiguiente posibilidad de optimización de los beneficios que esta ofrece, ha de añadirse.

<sup>11</sup> BRINO, Vania – GRAGNOLI, Enrico, “Le imprese multinazionali e il rapporto di lavoro”, *Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, nro. 2, 2018, p. 214.

que hemos asistido en los últimos años <sup>12</sup>, sino también de eludir los riesgos y las responsabilidades a ellas asociados, obteniendo en cada caso además la más ventajosa combinación de factores productivos posible <sup>13</sup>. Esta singular característica, que convierte a estas empresas en un sujeto particularmente intrigante para el derecho, es el resultado de la “doble segmentación” o “doble compartimentalización” <sup>14</sup> que caracteriza su estructura y forma de organizar sus actividades La primera de ellas se vincula con las diferencias de personificación existentes entre la casa matriz y las demás entidades que participan en sus procesos globales de producción. Si la evolución de las técnicas contractuales permite a aquella acceder a los frutos del trabajo de diversos grupos de trabajadores recurriendo a la colaboración de una variedad de empresas filiales, contratistas, subcontratistas o proveedoras, el “velo” de la personalidad jurídica garantiza que lo haga sin asumir responsabilidad alguna, ni respecto de las condiciones laborales de los mismos, que dependen exclusivamente de quien ocupa la posición contractual de empleador respecto de ellos, ni por los comportamientos que las referidas empresas puedan llevar a cabo en cumplimiento de los encargos que les son realizados o las consecuencias de estos puedan derivarse. La segunda segmentación guarda relación, a su vez, con el carácter estatal de los ordenamientos jurídicos, que permite a las multinacionales localizar sus actividades, recurriendo para ello preferentemente a colaboradores locales, en territorios sometidos al imperio de uno u otro, en función de las ventajas comparativas que cada uno pueda ofrecerles. Entre ellas, su nivel de estándares laborales y el grado de aplicación efectiva de estos <sup>15</sup>. Estas empresas se sitúan, de tal modo, en condiciones de liderar los procesos globales de producción maximizando en su provecho las oportunidades abiertas por el proceso de globalización y sin asumir responsabilidad alguna por las condiciones en las que se desarrollan sus actividades o los efectos que estas puedan producir.

El instrumento del que se sirven las multinacionales alcanza este doble resultado, tan beneficioso para sus intereses tanto en términos jurídicos como económicos, no es otro que la cadena mundial de producción. En principio, por tal debe entenderse “toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes y servicios y llevarlos hasta los consumidores” <sup>16</sup>, cuya formación y liderazgo corresponden a una empresa que, precisamente en atención a esta circunstancia, recibe el apelativo de multinacional. Las cade-

<sup>12</sup> LYON-CAEN, Antoine, “Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionale”, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, nro. 2, 2018, p. 241.

<sup>13</sup> Nuevamente, BRINO, Vania, ob. cit., p. 9.

<sup>14</sup> En palabras de LYON-CAEN, Antoine, ob. cit.

<sup>15</sup> Como observa BAYLOS GRAU, Antonio P., ob. cit., p. 118, poniendo el acento en este último elemento.

<sup>16</sup> De acuerdo con la escueta definición proporcionada por la OIT en el informe “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro (Informe)”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 1.

nas mundiales de producción son, no obstante, bastante más que una simple secuenciación de actividades. En realidad, dentro de ellas es posible distinguir cuatro dimensiones distintas, cada una dotada de características singulares, cuya interrelación permite dar cuenta de la muy compleja forma de organización y el enrevesado funcionamiento de los sistemas productivos globales. Estas dimensiones se vinculan, respectivamente, con: a) los *sujetos* implicados en la elaboración y/o distribución de un producto o servicio; b) los *vínculos* de carácter jurídico, económico y comercial existentes entre ellos, c) la *ubicación geográfica* de cada uno y el marco jurídico e institucional al que, como consecuencia de ello, se someten; y d) la estructura de *gobernanza* que se establece entre sus componentes<sup>17</sup>. Estas cadenas se encuentran, así, en condiciones de reunir a una gama indeterminada de sujetos, se trate de filiales, empresas participadas o mixtas, contratistas, subcontratistas, proveedores y empresas auxiliares, los cuales pueden estar vinculados con la empresa que le da vida o entre sí a través de una multitud de contratos de muy distinto tipo, entre ellos los de suministro, franquicia, concesión o licencia y no solo los tradicionales de ejecución de obras o servicios, y situarse en los más variados países, sean estos desarrollados, emergentes o incluso de muy escaso desarrollo relativo, todos los cuales se encuentran coordinados y dirigidos, con arreglo a fórmulas e intensidades variables, por la empresa que lidera el proceso de productivo o la actividad de la que trate. Esto supone que su morfología y su composición pueden variar sensiblemente, no solo de un sector a otro, sino de una empresa a otra e incluso de una etapa a otra dentro de la evolución de esta. Se trata, como se ha dicho, de “estructuras organizativas complejas, variadas, fragmentadas, dinámicas y evolutivas”<sup>18</sup>, que configuran “un conjunto industrial empresarial heterogéneo” y “con distintos grados de inestabilidad”. Lo cual “no llega sin embargo a diluir su significación ni a imposibilitar su identificación”<sup>19</sup>. Ni impide, naturalmente, distinguir dentro de ellas tipologías diversas<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Vid. BROGHI, Vando – DORIGATTI, Lisa – GRECO, Lidia, “Il lavoro e le catene globali del valore”, Ediesse, Roma, 2017, p. 24.

<sup>18</sup> Como se apunta, sintetizando sus características más relevantes, en OIT, “El trabajo decente...”, ob. cit.

<sup>19</sup> BOIX LLUCH, Isidor – GARRIDO SOTOMAYOR, Víctor, “Proyecto ACT. Impulso global, sindical y empresarial, de negociación colectiva local”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo – VIVÉRO SERRANO, Juan Bautista (dirs.), La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales, Ed. Comares, Granada, 2019, p. 397.

<sup>20</sup> La clasificación más utilizada es la que separa las cadenas lideradas por productores, que son propias de los sectores más intensivos en capital y tecnología, como la automoción, la aeronáutica o las telecomunicaciones, donde la matriz suele retener mediante filiales y empresas participadas los aspectos nucleares del proceso productivo y dotarse de una red estable de proveedores, de las cadenas lideradas por compradores, típicas de los sectores manufactureros, como la confección, el calzado o la juguetería, en las que la matriz, titular de la marca, retiene únicamente los aspectos relativos al diseño, la innovación y la comercialización de los productos, encargando su fabricación a redes de contratistas altamente volátiles. Se trata, con todo, de tipos ideales, que admiten muchas situaciones intermedias. El origen la distinción se encuentra en GEREFFI,

En cualquier caso, con estos rasgos, las cadenas mundiales desempeñan un rol crucial, tanto en la organización de la producción y el comercio a escala mundial, como en la división internacional del trabajo, siendo determinantes de la estructura de los mercados de trabajo de muchos países, que tienen en ellas su principal fuente de empleo formal<sup>21</sup>. Cuantificar su impacto resulta, no obstante, una tarea sumamente difícil, ya que se trata de una realidad operativa desde el punto de vista material pero no formalizada ni reconocida como tal, que es capaz de recorrer el planeta entero y comprender sucesivos eslabones compuestos no solo por las empresas que colaboran de forma directa con la matriz de la multinacional, sino por los contratistas y suministradores de estos, así como por todos los sujetos que se sitúan debajo de ellos, pudiendo llegar a abarcar incluso situaciones ocultas al escrutinio público. Aun así, se ha señalado que alrededor del 80% del comercio mundial está relacionado ellas y que concentran, especialmente a través de actividades localizadas en países emergentes, más del 50% de la producción manufacturera del planeta<sup>22</sup>. Las estimaciones disponibles sobre el volumen de empleo asociado a ellas señalan, por su parte, que absorben alrededor del 25% de los empleos en los países emergentes y el 20% en los desarrollados, llegando a alcanzar más de 450 millones de puestos de trabajo ya en 2013<sup>23</sup>. Aunque quizás se trate de una estimación excesivamente conservadora, existiendo quien desde fuentes sindicales considera que en ellas se integra nada menos que la mitad de los trabajadores asalariados del mundo<sup>24</sup>.

La noción de cadena de producción no tiene, sin embargo, un valor meramente descriptivo. En realidad, se trata también de un instrumento de análisis crítico, a través del cual es posible “penetrar el velo de fetichismo” que las circunda debido a las diferencias de personificación de sus componentes, para “descubrir qué hay detrás” y “qué relaciones sociales y geográficas” las caracterizan<sup>25</sup>. La herramienta para ello está representada por el examen de las relaciones, a la vez de coordinación y de poder, que se tejen en su interior y las consecuencias económicas y sociales que de ellas se derivan, particularmente para los países menos industrializados y el mundo del trabajo<sup>26</sup>. La consideración de lo

Gary – KORZENIEWICZ, Miguel (eds.), “Commodity Chains and Global Capitalism”, Praeger, Westport, 1994. Para cuidada presentación y comparación de sus características, vid. BROGHI, Vando – DORIGATTI, Lisa – GRECO, Lidia, ob. cit., ps. 25-26.

<sup>21</sup> Según destaca el CES, “El futuro del trabajo (Informe)”, Madrid, 2018, p. 110.

<sup>22</sup> Vid., respectivamente OIT, “El trabajo decente...”, ob. cit., p. 16 y LOCKE, Richard, “The Promise and Limits of Private Power”, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 10.

<sup>23</sup> Según datos ofrecidos en OIT, “Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”, Ginebra, 2017, ps. 10 y 37.

<sup>24</sup> Vid., citando estimaciones de fuente sindical, BOIX LLUCH, Isidoro, “Por un sindicalismo europeo que asuma su dimensión global”, Gaceta Sindical, nro. 18, 2012, p. 308.

<sup>25</sup> GRECO, Lidia, “Capitalismo e sviluppo nelle catene globali del valore”, Carocci, Roma, 2018, p. 16, con referencia a lo que denomina la “teoría de las cadenas globales de valor”.

<sup>26</sup> BROGHI, Vando – DORIGATTI, Lisa – GRECO, Lidia, ob. cit., p. 18.

que se ha venido a denominar la “gobernanza de las cadenas de valor”<sup>27</sup> permite poner en tela de juicio la visión postulada por la teoría económica convencional, de acuerdo con la cual estas cadenas favorecen una creciente integración productiva y comercial que genera beneficios para todos los que participan en ellas, poniendo de manifiesto cómo su formación no es fruto de procesos espontáneos o naturales de cooperación, sino el resultado de cuidadosas estrategias de carácter económico y comercial puestas en marcha por algunas empresas —las casas matrices o cabeceras o de los grupos multinacionales— cuya posición nuclear les permite imponer a las demás su arquitectura o diseño, el tipo y la duración de las relaciones que mantendrán con ella e incluso las fórmulas de distribución de los beneficios y riesgos<sup>28</sup>. La desverticalización y globalización de los procesos de producción no se traduce, de tal modo, en una menor concentración del poder económico y relaciones organizativas menos jerárquicas, puesto que las redes a las que da lugar se forjan en torno a la actividad y las necesidades de un muy singular tipo de empresas que, aun no teniendo ningún lazo jurídico con las demás, poseen *de facto* el poder de imponerse sobre ellas<sup>29</sup>. Esto supone que las cadenas mundiales de producción son también un fenómeno “profundamente político”, que enlaza, mediante la formación de “sistemas socioeconómicos complejos”, dinámicas de cooperación y de competición y que encierra relaciones de poder profundamente asimétricas<sup>30</sup>, cuyas consecuencias sobre las economías de los países menos desarrollados y los trabajadores que participan de los procesos globales a ellas asociados han llegado a ser caracterizadas, con el fin de poner de manifiesto su esencial ambivalencia, como de “crecimiento empobrecedor”<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> A partir de los estudios de Gereffi, cuyo punto de arranque se encuentra igualmente en GEREFFI, Gary – KORZENIEWICZ, Miguel (eds.), ob. cit.

<sup>28</sup> GRECO, Lidia, ob. cit.

<sup>29</sup> La multinacional ejerce a lo largo de la cadena de valor, como apunta BRINO, Vania, ob. cit., p. 9, “un poder de control y de coordinación” sobre los miembros de la cadena “pese a mantenerse como un sujeto jurídico independiente”, realizando “una suerte de hibridación entre jerarquía y mercado”, en la medida en que, pese a reconocer su autonomía jurídica, las somete a “estrechos vínculos de dependencia económica y organizativa”. La intensidad de dicho poder, empero, puede variar desde un máximo, cuando nos encontramos delante de una cadena de valor susceptible de ser calificada de cautiva debido al bajo nivel de competencias ejercido por la empresa colaboradora, que incrementa su debilidad, y un mínimo, si se trata de una cadena relacional, dentro de la cual la misma ejerce competencias complejas que la principal no posee, pasando por situaciones intermedias, en las que se desarrollan tareas complejas pero más fácilmente codificables y por tanto sustituibles, que dan lugar a las llamadas cadenas modulares. La fuente de esta clasificación se encuentra en GEREFFI, Gary – HUMPREY, John – STURGEON, Timothy, “The Governance of Global Value Chains”, Review of International Political Economy, nro. 12, 2005. Una presentación de la misma en GRECO, Lidia, ob. cit., ps. 79-80.

<sup>30</sup> Nuevamente, GRECO, Lidia, ob. cit., ps. 81-82.

<sup>31</sup> Así, de forma coincidente, ibid., p. 17, y BROGHI, Vando – DORIGATTI, Lisa – GRECO, Lidia, ob. cit., p. 18, utilizando en ambos casos la expresión italiana “crescita depauperizzante”.

Para captar el sentido de esta expresión es preciso empezar por tener en cuenta la peculiar lógica que caracteriza la distribución geográfica de las actividades de las cadenas mundiales de producción. Esta se basa en la retención de las tareas de mayor valor agregado, que se corresponden por lo general con las etapas iniciales o finales de los correspondientes procesos (el diseño, la investigación y la logística, de un lado, y el marketing y las ventas, del otro) en países desarrollados, y en particular en el de origen de la casa matriz, y el desplazamiento de las de menor valor agregado, que coinciden con la fabricación o el ensamblaje, por lo general intensivas en mano de obra, hacia países menos desarrollados y con estándares laborales menos exigentes. La parábola invertida que caracteriza la distinta atribución de valor de las actividades que conforman estas cadenas, que ha merecido el sarcástico nombre de “curva de la sonrisa” debido a la ubicación de sus picos en los extremos del proceso y la existencia de un valle en el centro, determina que las actividades de menor valor agregado y mayor necesidad de fuerza de trabajo, más fácilmente sustituibles y con mayor posibilidad de ajuste en cuanto a sus costes laborales, se sitúen preferentemente en países de menor desarrollo<sup>32</sup>.

Esta circunstancia se encuentra en la base de los contradictorios efectos que tiene sobre las economías y los sistemas laborales de estos países la participación en cadenas mundiales de valor, particularmente cuando se produce a través de contratistas y subcontratistas. Así, no parece que pueda negarse que esta se encuentra en condiciones de abrir en ellos oportunidades nuevas para el crecimiento económico, la mejora de las capacidades y competencias de los agentes productivos y el incremento del empleo, haciendo posible que muchas personas, seguramente millones, sustituyan las labores agrícolas de subsistencia a las que estaban condenadas por ocupaciones remuneradas en el sector formal<sup>33</sup>. Una cierta “compulsión de mercado”<sup>34</sup>, no obstante, asociada a la alta competitividad y el elevado dinamismo y volatilidad que caracterizan el funcionamiento de la economía global, determinan que las cabeceras de las multinacionales ejerzan una intensa presión sobre sus socios comerciales situados en estos países para contratar sus actividades a costes cada vez más reducidos y ciñéndose a condiciones y plazos de entrega progresivamente más exigentes. El resultado de estas presiones es un quíntuple efecto adverso sobre las condiciones laborales, traducible en: a) bajos salarios, por más que superiores a los de origen, asociados a exigentes estándares de calidad; b) formas precarias de contratación, fácilmente ajustables a la baja o el alza; c) extensas jornadas de trabajo, con tendencia a su ampliación cuando sea necesario; d) lugares de

<sup>32</sup> Sobre esta noción, sus orígenes y efectos, vid. OIT, “El trabajo decente...”, ob. cit., p. 34; y RASO DELGUE, Juan, “Nuevos caracteres de las relaciones laborales en las cadenas mundiales de suministro”, en MONEREO PÉREZ, José L. (dir.), ob. cit., p. 79.

<sup>33</sup> Según se apunta en OIT, “El trabajo decente...”, ob. cit., p. 2.

<sup>34</sup> Como la denomina BAYLOS GRAU, Antonio P., ob. cit., p. 120.

trabajo inseguros o peligrosos; y e) hostilidad hacia el fenómeno sindical y negación del derecho a la negociación colectiva<sup>35</sup>. Efectos adversos que están en condiciones de potenciarse conforme se desciende a lo largo de los sucesivos eslabones de estas cadenas, que suelen estar ocupados en su parte más baja por empresas muy pequeñas, cuando no por talleres informales y trabajadores a domicilio, pudiendo llegarse en casos extremos, por lo general desconocidas por la principal, incluso al trabajo forzoso, sobre todo de inmigrantes, y a la explotación laboral infantil. De todo ello da cumplida cuenta la resolución *relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2016.

## 2.2. *El triple déficit de gobernanza inducido por la transnacionalización de las actividades empresariales*

En una realidad económica y productiva como la imperante a lo largo de la mayor parte del siglo XX, en el que predominaron las economías nacionales relativamente cerradas a la competencia exterior y la fabricación de bienes se llevaba a cabo a través de empresas nacionales o de empresas multinacionales verticalmente integradas localizadas en los territorios de los países cuyos mercados buscaban abastecer, los Estados nacionales se encontraban en condiciones de regular, con dosis razonables de efectividad y sin estar sometidos a excesivas presiones del exterior, las condiciones laborales que debían respetarse dentro de sus respectivos territorios<sup>36</sup>, representando la acción normativa e institucional de la OIT una fuente adicional de inspiración y asesoramiento técnico para su mejora antes que un instrumento con capacidad de imponerles cambios en su orientación. El derecho del trabajo es nacional, como nacionales son los procesos de producción<sup>37</sup>. Y como tal se impone sin grandes dificultades a los actores ubicados dentro de su espacio de aplicación.

La consolidación de las cadenas mundiales de producción como fórmula privilegiada de expresión del capitalismo global ha terminado por convertir en inadecuada esta singular combinación de regulación nacional y persuasión internacional. La razón es fácil de comprender: la cada vez más acusada irrelevancia de la dimensión territorial dentro de los procesos de producción da lugar

<sup>35</sup> De modo parecido, vid. RASO DELGUE, Juan, ob. cit., ps. 81-82. Para un cuidadoso examen de la cuestión se remite a OIT, ob. cit., ps. 2, 7-8 y 23-30. Esta es una percepción compartida por la gran mayoría de observadores del fenómeno. Las condiciones laborales pueden ser, no obstante, bastante mejores a las ofrecidas por los productores locales cuando se trata de empresas filiales o mixtas, fruto de inversiones directas de empresas líderes de cadenas de productores y no de compradores, como se apunta en OIT, ob. cit., p. 20.

<sup>36</sup> Conforme destacan, desde perspectivas complementarias, BROGHI, Vando – DORI-GATTI, Lisa – GRECO, Lidia, ob. cit., p. 107; y LOCKE, Richard, ob. cit., p. 10.

<sup>37</sup> Vid. BANO, Fabrizio, “Sovranità regolativa e subordinazione del diritto del lavoro”, Lavoro e Diritto, nro. 1, 2017, p. 17, destacando el nexo esencial que existe entre la territorialidad de los ordenamientos laborales y la de los procesos de producción de la riqueza.

a una correlativa irrelevancia progresiva del rol de los Estados en orden a la ordenación de esos procesos, al tener sus principales instrumentos, y en particular la legislación laboral, una clara dimensión nacional<sup>38</sup>. La acción de los Estados se ve de tal modo despotenciada, al no gobernar estos sino un fragmento del mercado global, que las multinacionales están en condiciones de controlar en su integridad<sup>39</sup>. La consecuencia de esta asimetría entre la dimensión transnacional de las actividades empresariales y el carácter nacional de las normas laborales, que es equivalente a la que existe entre los espacios de la economía y la política dentro de la globalización<sup>40</sup>, es la generación de un claro *vacio de regulación* en lo que al funcionamiento de las cadenas mundiales de valor se refiere<sup>41</sup>. O, dicho de forma más expresiva, un notorio *déficit de gobernanza* de ellas<sup>42</sup>, el cual se expresa de forma paralela hasta en tres dominios distintos, como se podrá comprobar inmediatamente.

El primero de los dominios en que se refleja este déficit de gobernanza afecta a la capacidad reguladora de los *Estados de origen* de las multinacionales. Actualmente estos no disponen de herramientas que les permitan ordenar las actividades desarrolladas por estas empresas a escala internacional, en la medida en que estas tienen lugar en territorios no sujetos a su jurisdicción<sup>43</sup>. El principio de territorialidad impone en este caso un límite importante a la posibilidad<sup>44</sup>, sin duda deseable, de que estos estados impongan deberes de conducta a las casas matrices de las multinacionales constituidas y domiciliadas en sus territorios en relación con sus cadenas de suministro, que contribuyan a colmar el vacío de regulación generado por su actuación. Aunque, como veremos más adelante, no la impide del todo.

De mayor relieve es el déficit de gobernanza que afecta, en segundo término, a la aptitud de los *Estados de destino* de regular el funcionamiento laboral de las actividades de los eslabones de las cadenas de valor situados en sus territorios. Dado el carácter estatal que ha tenido históricamente la construcción del derecho del trabajo, la legislación estatal y sus mecanismos de exigencia

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> GALGANO, Francesco, “La globalizzazione nello specchio del diritto”, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 29.

<sup>40</sup> BANO, Fabrizio, ob. cit., p. 18.

<sup>41</sup> De acuerdo con la terminología empleada por RODOTÀ, Stefano, “Códigos de conducta. Entre hard law y soft law”, en REAL PÉREZ, Alicia (coord.), Códigos de conducta y actividad económica, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 22.

<sup>42</sup> Vid. KOLBEN, Kevin, “Transnational Labor Regulation and the Limits of Governance”, Teoretical Inquires in Law, vol. 2, 2011, ps. 405-406, trayendo a colación la tesis originalmente formulada, una vez más, por GEREFFI, Gary – MAYER, Frederick, “Globalization and the Demand of Governance”, The New offshoring of jobs and global development, OIT, Ginebra, 2006.

<sup>43</sup> Nuevamente, KOLBEN, Kevin, ob. cit., p. 406.

<sup>44</sup> Como se recalca, con una cierta dosis de frustración, en OIT, “El trabajo decente...”, ob. cit., p. 46.

constituyen, en línea de principio, los instrumentos llamados a ordenar las actividades que estas empresas puedan localizar en sus respectivos espacios territoriales, imponiendo límites a la posibilidad, abierta por el proceso de competencia global, de que estas puedan dar lugar a una minoración cada vez más intensa de las condiciones de trabajo y un menor respecto de los derechos de los trabajadores. Esta capacidad de los Estados receptores se ve, sin embargo, abiertamente despotenciada dentro del actual contexto económico internacional debido a la concurrencia, dependiendo de los casos, de hasta tres factores distintos <sup>45</sup>. El primero de ellos puede ser *político* y vincularse con la mayor capacidad de influencia sobre las decisiones gubernamentales de los sectores empresariales locales, interesados en la existencia de una legislación laboral y un control de su aplicación lo más laxos posibles, frente a la que puedan ejercer los trabajadores y sus organizaciones, de existir estas. A su lado es preciso tener presente la posibilidad de que la debilidad de la protección obedezca a motivos de carácter *técnico*, asociados a la falta de capacidad del Estado para imponer el cumplimiento de su legislación, sobre todo cuando se trata de actividades que desbordan por su volumen y complejidad la habitual escala de funcionamiento de sus instancias administrativas y judiciales. La razón de fondo, no obstante, es en la mayor parte de los casos de carácter *económico*. En la actualidad la competencia global no solo afecta a los bienes y servicios, sino a las normas y los ordenamientos jurídicos <sup>46</sup>, que pueden ser seleccionados —o dejados de seleccionar— por las multinacionales como destinos de sus inversiones y actividades en función de su mayor o menor intensidad protectora y grado de imperatividad. Es claro que la posibilidad de *shopping normativo* que de este modo se abre, opere o no en términos efectivos, no solo constituye un freno a cualquier iniciativa dirigida a elevar los niveles de protección, sino que induce a los Estados de los países emergentes a mantenerlos en cotas muy reducidas. E incluso alienta operaciones de rebaja de los mismos. Hasta llegar a los denominados Estados “tantálicos”, que no dudan en legislar contra los intereses de sus ciudadanos para favorecer la llegada o garantizar la permanencia de una determinada fábrica o inversión <sup>47</sup>.

La tercera expresión del déficit de gobernanza se vincula con la limitada capacidad de las *instituciones internacionales*, y en particular la OIT, de imponer a los actores económicos globales un conjunto de estándares laborales susceptibles de ser aplicados de forma transversal a los distintos eslabones de sus cadenas mundiales de producción situados en destinos diversos. Esta debilidad es el reflejo, tanto de la configuración del sistema de normas internacionales

<sup>45</sup> Puestos de relieve y desarrollados por KOLBEN, Kevin, “Transnational private labour regulation, consumer-citizenship and the consumer imaginary”, en BLACKET, Adelle – TREBILCO, Anne (eds.), Research Handbook on Transnational Labour Law, E. Elgar Publishing, 2015, p. 364.

<sup>46</sup> BANO, Fabrizio, ob. cit., p. 33.

<sup>47</sup> Término y función acuñados por OJEDA AVILÉS, Antonio, ob. cit., p. 17.

del trabajo, pensado para una realidad económica y productiva distinta, como de la difícil posición en la que la globalización ha colocado al sujeto sobre el que pivota la actuación de este. No otro, como es sabido, que los Estados de los territorios en los que se desarrollan las actividades productivas reguladas. Aunque su fuente y sus métodos de producción normativa se sitúen en el ámbito del derecho internacional, el funcionamiento del entero sistema de la OIT reposa en última instancia sobre el compromiso de los Estados, que son los llamados, tanto a expresar su adhesión a los convenios internacionales mediante un acto expreso de ratificación, como a imponer su cumplimiento en su territorio a través de medidas legislativas, administrativas y judiciales. Como se ha dicho, ni las normas internacionales del trabajo son directamente vinculantes para los Estados, ni las decisiones de los órganos de control de la OIT son exigibles por sí mismas, no pudiendo esta imponer sanciones a un país o enviar a él “cascos azules” para obligarlo a respetar un convenio que ha ratificado<sup>48</sup>. La obligatoriedad convenios internacionales, que fue valorada como opción en la fase fundacional de la organización, terminó por ser desechada en aras de la universalidad de la legislación internacional del trabajo, optándose en su sustitución por un sistema basado en la adhesión libre de los Estados miembros<sup>49</sup>. La OIT no dispone, de tal forma, de más armas que su “capacidad de persuasión” para hacer posible el cumplimiento de su programa normativo<sup>50</sup>, siendo ordinariamente a través de “la acción combinada de la diplomacia y los incentivos esencialmente morales” como sus órganos de control tratan de hacer cumplir las normas internacionales cuando se presentan dificultades<sup>51</sup>. De allí que se haya afirmado que sus instrumentos forman en parte en realidad del *soft law* e incluso que estos han sido siempre “objeto de un *self service* normativo”, dentro del cual “cada estado permanecía libre de elegir aquellas a las que se sometería”, pudiendo “ratificar solo un número pequeño de ellas”<sup>52</sup>. Si el auge del proteccionismo y la política de bloques hicieron posible durante la parte modular del siglo XX que este sistema tuviese un saldo normativo tan extenso como el que ha sido reseñado al inicio, bien que siempre con niveles de ratificación no del todo satisfactorios, el mismo ha saltado por los aires cuando, como ocurre en la actualidad, los Estados no dominan las reglas de juego, al haberse transformado los procesos productivos locales en transnacionales y los mercados internos en globales. Entonces, no solo la capacidad de persuasión de la OIT resulta considerablemente mermada, al no ser capaz de liberar a los Estados de los dilemas que les ocasiona la

<sup>48</sup> SERVAIS, Jean-Michel, “Les normes de l’OIT au XXI siècle: légitimité et effectivité”, en DAUGAREILH, Isabelle (dir.), ob. cit., p. 450.

<sup>49</sup> Vid., ampliamente, VALTICOS, Nicolas, ob. cit., ps. 68-73.

<sup>50</sup> Como observa MAUPAN, Francis, ob. cit., p. 16.

<sup>51</sup> Nuevamente, SERVAIS, Jean-Michel, ob. cit., p. 449.

<sup>52</sup> Así, respectivamente, OJEDA AVILÉS, Antonio, ob. cit., p. 28; y SUPIOT, Alain, “¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?”, Laborem, nro. 18, 2016, p. 40.

competencia global<sup>53</sup>, sino que la respuesta nacional, incluso cuando existe, ve restringida su eficacia por el carácter transnacional de las actividades de los sujetos económicos. Las normas internacionales del trabajo se mantienen, de tal modo, como una fuente indiscutible de autoridad y legitimidad, pero se ven necesitadas de mecanismos nuevos de aplicación.

### *2.3. La necesidad de garantizar un núcleo básico de derechos laborales en los procesos productivos globales como embrión de un derecho del trabajo sin fronteras*

El triple déficit de gobernanza que afecta a la regulación del trabajo dentro de las cadenas mundiales de valor, del que es expresión la inoperancia de los instrumentos normativos tradicionales, tanto nacionales como internacionales, convierte en una necesidad inaplazable la construcción de soluciones reguladoras adaptadas a la escala transnacional en la que se desenvuelven las actividades de estas cadenas. Soluciones reguladoras también transnacionales, por tanto<sup>54</sup>, que estén en condiciones de imponer límites a la compulsión de mercado que impulsa a las empresas que las lideran a obtener el mayor provecho posible de la explotación del trabajo humano aprovechando las posibilidades abiertas por la desverticalización de los procesos productivos, la fragmentación de los ordenamientos nacionales y la falta de eficacia directa del derecho internacional del trabajo, reconduciéndola a parámetros compatibles con las reglas de juego universales aplicables al mundo del trabajo.

La identificación del horizonte de dicha regulación, cuya aplicación transversal al conjunto de actividades asociadas a las cadenas de valor debería estar garantizada, no plantea en la actualidad excesivas dificultades. La principal contribución a la gobernanza global realizada por la OIT en las últimas décadas, marcadas por la ralentización de su función normativa, ha estado representada, precisamente, por la definición de aquellos principios o derechos cuyo respeto ha de garantizarse a los trabajadores con carácter universal<sup>55</sup>. Es decir, con independencia del país en el que desarrolleen sus tareas y el nivel de desarrollo relativo de este. La definición de estos principios o derechos, en torno a los cuales ha cristalizado el consenso internacional, se ha llevado por esta organización a través de una serie de pasos sucesivos, que tienen su punto de arranque en la aprobación en 1998 de la *Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, que concretó aquellos cuatro —entre ellos el de libertad sindical y negociación colectiva— que representan el marco o la base mínima indispensable para el desarrollo de todos los demás asociados al trabajo.

<sup>53</sup> Y en particular el “dilema del prisionero”, al que se refiere MAUPAN, Francis, ob. cit., que los induce a competir entre sí reduciendo los niveles de tutela.

<sup>54</sup> Como postula KOLBEN, Kevin, “Dialogic Labor Regulation in the Global Supply Chain”, Michigan Journal of International Law, nro. 3, 2015, p. 435.

<sup>55</sup> MAUPAN, Francis, ob. cit., p. 278.

Y continuó con el lanzamiento en 1999 de la noción de *trabajo decente*<sup>56</sup>, que añadió a estos una serie de presupuestos adicionales igualmente imprescindibles para que el trabajo sea prestado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, como corresponde a las personas, coincidentes en lo fundamental con los derechos a un ingreso suficiente y digno, a la limitación del tiempo de trabajo y a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo, consagrados con carácter universal por los arts. 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 6º y 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>57</sup>. El establecimiento de una *garantía laboral universal*, que proclame este bloque de siete derechos o principios laborales elementales como los componentes de un “piso de protección” aplicable a todos los trabajadores del mundo, recientemente propuesta por el *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*<sup>58</sup>, constituiría una buena manera de reflejar en solo instrumento el consenso alcanzado en torno a ellos y proyectarlo hacia el futuro.

Dada la centralidad que poseen las cadenas mundiales de producción dentro del capitalismo global y el elevadísimo número de trabajadores que las integran, así como la indudable capacidad de irradiación sobre el resto de actividades productivas y trabajadores que tendría cualquier solución capaz de incidir sobre ellas<sup>59</sup>, la construcción de instrumentos que hagan posible la aplicación trasversal de ese piso universal de protección a todos sus eslabones, sin importar el lugar donde se sitúen, representaría una contribución de la mayor relevancia a la efectividad de los derechos laborales en el mundo. A la construcción de un derecho del trabajo global o sin fronteras, en suma. De allí la importancia de explorar las vías a través de las cuales esta posibilidad podría realizarse. Entre ellas, en particular la utilización de las propias cadenas de valor como instrumento de irradiación de ese núcleo básico de principios y derechos laborales fundamentales a lo largo de los procesos mundiales de producción.

<sup>56</sup> Vid. SOMAVÍA, Juan, “Trabajo decente”, Informe del director general a la 87ª Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

<sup>57</sup> Aunque la noción de trabajo decente se presenta por la OIT “como una llamada a actuar que pertenece más a la política social que al derecho”, según apunta SERVAIS, Jean-Michel, “Trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, Relaciones Laborales, 2012, nro. 15, p. 4 de la versión digital, su ligazón con los referidos instrumentos de carácter universal se encuentra fuera de dudas y permite conferirle un claro contenido jurídico, como demuestran MONEREO PÉREZ, José L. – LÓPEZ INSÚA, Belén del Mar, “La garantía internacional del derecho a un ‘trabajo decente’”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nro. 177, 2015, ps. 28 y ss.

<sup>58</sup> En su informe COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, “Trabajar para un futuro más prometedor (Informe)”, Ginebra, 2019, ps. 39-41.

<sup>59</sup> Así, desde perspectivas complementarias, BRINO, Vania – GRAGNOLI, Enrico, ob. cit., p. 214; e BOIX LLUCH, Isidor, ob. cit., p. 308.

### 3. LA PROMESA DEL PODER PRIVADO Y SUS LÍMITES

No es preciso añadir demasiadas consideraciones a las apuntadas en las páginas precedentes para tomar conciencia de que, en actualidad, “la empresa representa el vector más potente de transformación del mundo, del medio ambiente” y, por lo que aquí interesa, “del trabajo”<sup>60</sup>. Esto induce a preguntarse si esta formidable capacidad de transformación, volcada en principio hacia la satisfacción de los propios intereses, está en condiciones de ser encauzada al servicio de un mayor equilibrio entre estos y las reglas fundamentales de civilización aplicables al mundo del trabajo. La pregunta reviste una trascendencia singular en la medida en que, si por una parte la única manera de hacer posible el respeto de un núcleo básico de derechos laborales en la economía globalizada es diseñando mecanismos que promuevan su aplicación transversal a lo largo de las cadenas mundiales de producción, no existe hoy ningún poder externo al de las propias empresas que las crean y dirigen, ni estatal ni internacional, que sea capaz de replicar su estructura y someterlas de manera unificada a su jurisdicción.

#### *3.1. Convertir las cadenas mundiales de producción en cadenas de control y mejora de las condiciones laborales*

La respuesta a la cuestión que se acaba de plantear se encuentra en el fondo implícita en la formulación de la propia pregunta. Dado que las empresas multinacionales son expresión de calculadas “estrategias de centralización del poder de decisión” y “dispersión de la responsabilidad”<sup>61</sup>, y que no existe ninguna otra instancia con capacidad efectiva de incidencia sobre su entera estructura, parece claro que, actualmente al menos, la única manera de dar pasos hacia la garantía de un piso de derechos laborales en sus cadenas mundiales de producción es tratando de instrumentalizar ese poder centralizado de decisión, que recae sobre las casas matrices, con el fin de convertir estas cadenas, simultáneamente, en *cadenas mundiales de control* o incluso en *cadenas mundiales de mejora* de las condiciones laborales.

Esta es una posibilidad que viene habilitada por la propia lógica organizativa que caracteriza el funcionamiento de estas empresas. Por paradójico que pueda parecer, las empresas multinacionales no son solo sujetos dotados de una especial capacidad para eludir, sirviéndose de su articulación reticular, los ordenamientos laborales nacionales, sino una estructura particularmente idónea para la construcción, precisamente a partir de esa articulación, de procesos normativos globales, capaces de proyectar la aplicación de esa base común de pro-

<sup>60</sup> MAUPAN, Francis, “Recensión a A. SUPIOT (dir.), *L’entreprise dans un monde sans frontières*”, Revista Internacional del Trabajo, nro. 2, 2015, p. 300.

<sup>61</sup> FOCARELLI, Carlo, “Economia globale e diritto internazionale”, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 224.

tección a todos los trabajadores que participan de los procesos de producción a ellas asociados, sin importar el territorio donde se sitúen o la personificación del sujeto que ocupe en cada caso la posición de empleador respecto de ellos<sup>62</sup>. Las claves que explican esta aptitud se encuentran, de un lado, en la esencial ligazón que vincula las actividades de las distintas empresas que forman parte de sus cadenas de producción en torno a un proceso productivo global y, del otro, en el hecho de que este se encuentre sujeto, aún con dosis diversas de intensidad, al control y la dirección de la empresa que ejerce el liderazgo sobre él, como ha habido ocasión de poner de manifiesto. Es claro que este doble poder, que la multinacional está en condiciones de ejercer sobre su red de filiales, proveedores y contratistas debido a los vínculos de naturaleza societaria o contractual que mantiene con ellos y a la “relación de mercado de por sí asimétrica” que suele vincularlos<sup>63</sup>, puede ser utilizado, no solo en clave de aprovechamiento de las ventajas asociadas a las diferencias de localización y personificación, sino como una herramienta al servicio de una política de imposición de estándares comunes de tratamiento laboral en su cadena de producción. Bastará para ello con que la casa matriz que se sitúa al frente de estas adopte la decisión de convertir esos estándares en *reglas de obligado cumplimiento* para sus filiales, cuyo control ejerce, o en *condiciones de asociación* para sus colaboradores y socios comerciales, con los que mantiene vínculos de naturaleza contractual dotados de cierta estabilidad. El resultado en ambos casos es el mismo: la creación por la empresa multinacional de “un campo de regulación autónomo” a partir de “su propia esfera privada de actuación”<sup>64</sup>. Las empresas multinacionales poseen, de tal modo, a despecho de su naturaleza privada y su estructura desverticalizada, una efectiva capacidad para poner en marcha, mediante el empleo de técnicas de derecho privado, sean estas societarias o contractuales, procesos reguladores de impacto transnacional en el ámbito de las relaciones laborales. De hecho, son en el momento actual el único sujeto que se encuentra en condiciones de conseguir ese resultado.

¿Cuál puede ser, no obstante, la fuerza motriz capaz de impulsar a estas empresas a poner por sí mismas límites, del modo descrito, a su en principio incondicionada capacidad sacar provecho de su forma de organizarse y la ausencia de responsabilidades de ella derivada? La respuesta se encuentra en la “potencial relevancia planetaria” que adquiere en las sociedades globalizadas el “daño reputacional”<sup>65</sup>, como consecuencia de la universalización de la demanda social de respeto de la democracia y los derechos humanos y la emergencia

<sup>62</sup> NADALET, Sylvian, “Le dinamique delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, nro. 4, 2005, p. 685.

<sup>63</sup> Según la terminología empleada en OIT, “El trabajo decente...”, ob. cit., p. 12.

<sup>64</sup> BAYLOS GRAU, Antonio P., “Los acuerdos marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, *Revista de Derecho Social*, nro. 28, 2004, ps. 194-195.

<sup>65</sup> A la que aluden BRINO, Vania – GRAGNOLI, Enrico, ob. cit., p. 210.

de un cada vez mayor activismo en su defensa, asociado además al ejercicio de los hábitos de consumo. Si bien esta “ciudadanía del consumo”, dentro de la cual “los consumidores expresan sus preferencias políticas a través de sus opciones de consumo”<sup>66</sup>, no es necesariamente mayoritaria, el temor a ser víctimas de una campaña organizada por redes de activistas y que esta encuentre eco entre los consumidores está en condiciones de ejercer una relevante presión sobre las multinacionales, sobre todo de los sectores más expuestos al escrutinio público y sometidos a mayores riesgos, para la puesta en marcha de iniciativas como las indicadas<sup>67</sup>. No debe perderse de vista que, aunque estas empresas no puedan ser consideradas necesariamente responsables desde el punto de vista jurídico de las actuaciones llevadas a cabo por sus socios comerciales, la especial visibilidad que adquieren debido al liderazgo que ejercen sobre sus cadenas mundiales de producción y la titularidad de las marcas que identifican los productos elaborados dentro de ellas las hacen muy vulnerables frente a cualquier actuación de su socios que desconozca los estándares de tratamiento laboral considerados elementales dentro de la sociedad actual. Sean o no sus causantes, estas pueden ser fácilmente consideradas como sus beneficiarias y penalizadas comercialmente por ello. Poner en marcha estrategias como las descritas constituye, así pues, “una forma de controlar los riegos que corre la reputación de una marca” como consecuencia de la exteriorización y deslocalización de los procesos de fabricación de los productos que la identifican<sup>68</sup>.

### *3.2. Posibilidades y límites de los instrumentos privados de regulación*

La que se acaba de describir no es hoy una mera posibilidad, sino más bien una realidad generalizada. En efecto, “razones de mercado” como las que acaban de ser apuntadas<sup>69</sup> se encuentran en la base de la emergencia, especialmente a partir de mediados de los años noventa, de un inédito fenómeno de asunción espontánea de competencias normativas de escala transnacional por las casas matrices de las empresas multinacionales<sup>70</sup>, dirigido a la creación, a partir de su poder de autorregulación, de principios o reglas de alcance general o

<sup>66</sup> KOLBEN, Kevin, “A Supply Chain Approach to Trade and Labor Provisions”, *Politics and Governance*, nro. 4, 2017, p. 64.

<sup>67</sup> Nuevamente, KOLBEN, Kevin, “Transnational private...”, ob. cit., p. 365, indicando que el temor, real o imaginario, al daño económico resultante de una actuación de este tipo constituye la fuerza impulsora de estas iniciativas.

<sup>68</sup> Conforme pondría de manifiesto hace tiempo JUSTICE, Dwight, “El concepto de responsabilidad social de las empresas: desafíos y oportunidades para los sindicatos”, *Educación Obrera*, nro. 130, 2003, p. 4.

<sup>69</sup> Sobre las que llama la atención GRECO, Lidia, ob. cit., ps. 142-143, destacando que la emergencia de los instrumentos a los que se hará alusión constituye la “respuesta a los incentivos, riesgos e incertidumbres del mercado globalizado”.

<sup>70</sup> DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nro. 27, 2009, p. 90.

impersonal<sup>71</sup> destinados a ser aplicados con carácter transversal a las relaciones jurídicas existentes en su espacio de actuación, sin importar el territorio en el que se desenvuelvan. Característica común de este fenómeno, que encuentra en la noción de *responsabilidad social empresarial* el elemento ideológico que le sirve de soporte<sup>72</sup>, es la creación de fórmulas nuevas y autónomas de regulación que, siendo independientes de cualquier ordenamiento estatal, resultan de aplicación a relaciones jurídicas sujetas a varios, recurriendo como palanca para alcanzar ese resultado al control que a través de mecanismos societarios o contractuales ejercen sobre los sujetos que conforman sus redes de producción<sup>73</sup>. Una vía a través de la cual se sitúan en condiciones de desplegar una fuerza de obligar sobre sus destinatarios difícilmente compatible con su consideración como una simple manifestación de *soft law* o derecho blando, de efectos meramente persuasivos<sup>74</sup>. De allí que convenga asignarles la denominación de *normas privadas de aplicación transnacional*<sup>75</sup>, con el fin de poner de relieve, al lado de su función, su propósito de dar lugar a fórmulas de regulación transversales respecto de los ordenamientos estatales, cuya efectividad, muy superior a lo que su aparentemente frágil estructura formal induciría a pensar, se basa en mecanismos de mercado<sup>76</sup>.

Impulsados inicialmente por las más dependientes de la imagen de sus productos y con actividades situadas mayoritariamente en destinos de escasa intensidad protectora —como las del sector textil y de la confección— esencialmente como respuesta a la difusión de la existencia de condiciones de trabajo aberrantes dentro de sus cadenas de suministro, esta clase de instrumentos resultan en la actualidad omnipresentes dentro de la dinámica de las empresas multinacionales<sup>77</sup>. Al extremo de poder afirmarse que hoy no existe ninguna merecedora de tal calificativo que no introduzca algún mecanismo de garantía de al menos los derechos proclamados por la Declaración de la OIT de 1998 entre sus proveedores y contratistas, venga este representado por la elaboración de un código de conducta aplicable a estos, la participación en una iniciativa conjunta con otras empresas o mixta dirigida al mismo objetivo, la aplicación de sistemas de supervisión o auditoría de esos sujetos o la suscripción con una

<sup>71</sup> NADALET, Sylvian, ob. cit., p. 677.

<sup>72</sup> Nuevamente, DAUGAREILH, Isabelle, ob. cit., ps. 80-90.

<sup>73</sup> De acuerdo con la descripción de la singularidad de estos instrumentos de NADALET, Sylvian, ob. cit., ps. 672-673.

<sup>74</sup> Vid. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, Antonio – TER HAAR, Beryl – KUN, Attila, “Dúctil en el interior, fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de derecho laboral internacional”, Temas Laborales, nro. 13, 2012, ps. 46-47.

<sup>75</sup> Como propone DAUGAREILH, Isabelle, ob. cit., p. 80.

<sup>76</sup> HEPPEL, Bob, “Does Law Matter? The future of binding norms”, en POLITAKIS, George (ed.), Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision, OIT, Ginebra, 2007.

<sup>77</sup> Así, KOLBEN, Kevin, “Transnational private...”, ob. cit., p. 364.

federación sindical mundial de un acuerdo marco con proyección tanto a las empresas filiales controladas por ella como a sus socios comerciales.

El transcurso de más de dos décadas desde su lanzamiento parece ser tiempo suficiente para evaluar si estos instrumentos —cuya capacidad abstracta para favorecer un mejor cumplimiento de las normas laborales en aquellos destinos donde existen dificultades, supliendo las limitaciones de las normas nacionales y complementando las iniciativas procedentes de la OIT, no parece estar en discusión—<sup>78</sup> están siendo capaces de cumplir de forma efectiva la promesa de eliminar las prácticas laborales abusivas y promover una mejora de las condiciones laborales dentro de las cadenas mundiales de producción de las empresas multinacionales. Los resultados disponibles no parecen avalar estas expectativas. Antes bien, diversos estudios empíricos realizados en los últimos años revelan que, pese a los considerables recursos invertidos, en términos de tiempo y personal, y los esfuerzos de control desplegados, su aplicación arroja un saldo limitado, si no mediocre, en lo que atiene a ambas dimensiones<sup>79</sup>. Si bien estas iniciativas pueden haber contribuido a frenar los abusos más notorios, entre ellos singularmente la explotación laboral infantil, y favorecido mejoras en algunas áreas, como la salud y la seguridad, las restantes condiciones de trabajo y el respeto de los demás derechos fundamentales, y en particular el de la libertad sindical, no parecen haber mejorado significativamente en los últimos quince o veinte años debido a su influencia<sup>80</sup>.

Estos limitados resultados se deben, en parte, a deficiencias en su diseño e implementación. No debemos perder de vista que no nos encontramos delante de prácticas sujetas a unos estándares de calidad normalizados o unas garantías mínimas que resulten exigibles para todas las multinacionales que decidan recurrir a ellas, sino frente a actuaciones de carácter voluntario, cuyo diseño y aplicación dependen de la importancia que les atribuya la empresa líder de la cadena de producción (mayor cuanto más intenso sea el nivel de riesgo asociado a sus actividades) y las asimetrías de poder respecto de sus socios comerciales (cuanto más intensas más favorecedoras de su efectividad)<sup>81</sup>. La calidad de estos sistemas y su impacto pueden ser, por ello, muy variables y, por supuesto, no siempre satisfactorios<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Vid., recogiendo este consenso, OIT, “El trabajo decente...”, ob. cit., p. 54.

<sup>79</sup> Conforme destacan coincidentemente DAUGAREILH, Isabelle, “Introduction”, ob. cit., p. 11; y LOCKE, Richard, ob. cit., ps. 12 y 20.

<sup>80</sup> Cfr. ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, “Toward Joint Liability in global Supply Chains: addressing the root causes of Labour Violations in International Subcontracting Networks”, Comparative Law and Policy Journal, nro. 1, 2013, ps. 5 y 15; y LOCKE, Richard, ob. cit., p. 20, con un amplio soporte empírico, del que resulta de especial interés la información presentada en el Capítulo 6. Vid. también, OIT, “El trabajo...”, ob. cit., p. 53.

<sup>81</sup> Conforme apunta GRECO, Lidia, ob. cit., p. 147.

<sup>82</sup> KOLBEN, Kevin, “Transnacional Labor...”, ob. cit., p. 408.

Pese a esta diversidad, es posible llevar a cabo una sistematización de las áreas principales en las que se concentran las insuficiencias de estos mecanismos privados de control. Estas afectan, en primer lugar, a los *procedimientos utilizados para su elaboración*, dentro de los cuales se aprecia un claro déficit de legitimidad<sup>83</sup> en la medida en que suelen ser el resultado de una decisión exclusiva de los órganos de gobierno de las sociedades que los impulsan, adoptada sin contar la participación de los sujetos interesados y, en particular, de los trabajadores cuyos derechos se trata de asegurar o sus representantes, pese a que esta, además de reforzar su legitimación ante la sociedad, estaría en condiciones de favorecer su efectividad<sup>84</sup>. Esta es una deficiencia solo superada por los acuerdos marco internacionales suscritos entre las casas matrices de determinadas empresas multinacionales, esencialmente europeas, y las principales federaciones sindicales mundiales de rama de actividad, cuyo número ronda los dos centenares, entre los de ámbito europeo y mundial. El segundo espacio donde es posible advertir en muchos casos deficiencias se vincula con el *bloque de derechos garantizados y su nivel de protección*, puesto que la medida del compromiso asumido por las empresas puede variar considerablemente de unas a otras en función de los riesgos que perciban y sus preocupaciones<sup>85</sup>, detectándose una cierta “selectividad” en cuanto a los derechos cuya exigencia se proclama con mayor énfasis y su respeto se exige con especial rigor<sup>86</sup>, centrada en aquellos cuya vulneración resulta más notoria o puede ser percibida más negativamente, como la prohibición de trabajo infantil, el no pago de los salarios o la falta de medidas de seguridad, en desmedro de otros igualmente relevantes pero menos visibles, como la libertad sindical o la prohibición de discriminaciones<sup>87</sup>. El grueso de los problemas se concentra, no obstante, en los *sistemas de control del cumplimiento* por parte de los proveedores y contratistas.

Estos sistemas, que suelen basarse en la realización periódica de auditorías y visitas a los centros de trabajo que intentan replicar el diseño de los sistemas públicos de inspección<sup>88</sup>, han mostrado tener una capacidad limitada para hacer frente a la complejidad de las cadenas mundiales de producción y su dinámica de funcionamiento<sup>89</sup>. Al extremo de haberse llegado a decir que constituyen “un fiasco total”<sup>90</sup>. La vigilancia de estas cadenas constituye una tarea extraordinaria.

<sup>83</sup> Nuevamente KOLBEN, Kevin, “Dialogic...”, ob. cit., p. 441.

<sup>84</sup> DAUGAREILH, Isabelle, ob. cit., p. 92.

<sup>85</sup> Como constata SERVAIS, Jean-Michel, “Les normes...”, ob. cit., p. 439.

<sup>86</sup> MARX, Axel – WOLTERS, Jan, “Reforzar el control en sistemas de regulación privada del trabajo. Potencial y perspectivas”, Revista Internacional del Trabajo, nro. 3, 2016, p. 489.

<sup>87</sup> Vid. GRECO, Lidia, ob. cit., p. 148; KOLBEN, Kevin, ob. cit., p. 440; y MARX, Axel – WOLTERS, Jan, ob. cit.

<sup>88</sup> Como destaca BARRAUD DE LAGERIE, Pauline, “L’audit social: vers une privatisation de l’inspection du travail”, en DAUGAREILH, Isabelle (dir.), ob. cit., ps. 257 y ss.

<sup>89</sup> MARX, Axel – WOLTERS, Jan, ob. cit.

<sup>90</sup> DAUGAREILH, Isabelle, “Introduction”, ob. cit., p. 26.

riamente difícil y costosa debido a la necesidad de llegar a los establecimientos de una multitud de empresas situadas en muy distintos países, no todas las cuales poseen además un nexo jurídico directo con la matriz o sus filiales. Las auditorías, sin embargo, no suelen abarcarlas en su integridad ni penetrar en sus profundidades, pese a que la probabilidad de que se produzcan vulneraciones y su potencial gravedad aumentan conforme se desciende a lo largo de sus sucesivos eslabones. Por el contrario, las acciones de verificación se restringen habitualmente al primer nivel <sup>91</sup>, sin que se adopten tampoco medidas dirigidas a limitar su extensión o imponer a las empresas situadas en él la obligación de aplicar exigencias similares a las colocadas en los inferiores. A esto hay que añadir que, incluso allí donde se aplica, el método basado en la realización de visitas a las fábricas no resulta necesariamente idóneo para detectar el tipo de vulneraciones que pueden producirse dentro de dichas cadenas. Estas no suelen estar representadas, salvo casos extremos, por la explotación infantil o el trabajo forzoso, presentes si acaso en los estratos más bajos, sino por prácticas generadas por la lógica de exacerbación de la competencia que las caracteriza incluso en sus eslabones superiores, como las horas de trabajo excesivas, el abuso del trabajo extraordinario o la privación de los derechos de sindicación y negociación colectiva. Estas son, como salta a la vista, actuaciones difícilmente detectables a través de una auditoría anual <sup>92</sup>. En realidad, la única forma de acceder a su conocimiento, lo mismo seguramente que al de las infracciones del primer tipo, es ofreciendo un canal o espacio para la participación en la aplicación de estos instrumentos a los trabajadores que las padecen y a sus representantes <sup>93</sup>. Los sistemas que prevén procedimientos que fomenten la participación de los trabajadores o involucren a las organizaciones sindicales en el control son, a pesar de ello, muy escasos y no necesariamente eficaces <sup>94</sup>.

El problema planteado por la existencia de condiciones laborales deficientes y prácticas laborales abusivas a lo largo de las cadenas mundiales de suministro de las empresas multinacionales no es, de todas formas, uno cuya solución dependa exclusivamente de una mejora técnica de los mecanismos de control incluidos por los instrumentos tantas veces mencionados, ya que en su raíz se sitúan las *prácticas de aprovisionamiento* utilizadas por buena parte de estas empresas. En realidad, la materialización de situaciones como las anteriores destacadas no constituye sino el resultado predecible del modelo de negocio basado en la externalización de la producción a través de redes de subcontratación altamente flexibles, volátiles y sensibles a las diferencias de costes, que

<sup>91</sup> Como se denuncia en OIT, “El trabajo...”, ob. cit., ps. 53-54.

<sup>92</sup> Nuevamente, MARX, Axel – WOLTERS, Jan, ob. cit.

<sup>93</sup> Vid. SALES I CAMPOS, Albert, “Guía para vestir sin trabajo esclavo”, Ed. Icaria, Madrid, 2013, p. 40, para quien la participación es un requisito esencial para la efectividad del control. También, MARX, Axel – WOLTERS, Jan, ob. cit., p. 491, aludiendo a la necesidad de procedimientos de supervisión “desde la base”.

<sup>94</sup> Así, otra vez, OIT, ob. cit., p. 53.

impera en numerosos sectores de la economía globalizada<sup>95</sup>. Este es un modelo dentro del cual las multinacionales compiten ferozmente entre sí para satisfacer una demanda altamente variable y cada vez más exigente, tanto en términos de calidad como de precios, mediante la triple exigencia de alta calidad a bajo coste, plazos reducidos de entrega y elevados niveles de flexibilidad a sus proveedores y contratistas<sup>96</sup>. Como puede suponerse, esta forma de operar socava en los hechos los esfuerzos que estas mismas empresas puedan estar realizando para promover condiciones de trabajo dignas en sus cadenas de suministro<sup>97</sup>, en la medida en que fuerza a sus socios comerciales a responder a esas exigencias imponiendo a sus trabajadores, no solo bajos salarios y elevadas jornadas que compensen los reducidos precios que les son abonados, sino volúmenes excesivos de horas extraordinarias y formas precarias de contratación, que les permitan incrementar y reducir su producción de acuerdo con las fluctuaciones de los pedidos. Asimismo, desalienta cualquier esfuerzo dirigido a invertir recursos en la mejora de las condiciones de seguridad y las induce a debilitar la efectividad de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, dado el impacto positivo sobre los salarios de su ejercicio. E incluso los incita a servirse de otras empresas y de trabajadores autónomos al objeto de ejercer sobre ellos una presión similar, con el consiguiente deterioro en cascada de las condiciones laborales, cuando no a recurrir al trabajo a domicilio y el empleo clandestino, dentro de los cuales pueden hacer su aparición el trabajo infantil y las formas modernas de trabajo forzoso<sup>98</sup>.

A la luz de esta constatación no es difícil compartir el punto de vista de quienes consideran que, si bien las fórmulas privadas de regulación transnacional impulsadas por los actores empresariales globales pueden contribuir a mejorar —más cuanto mejor diseñadas— el nivel de cumplimiento de los estándares básicos de trabajo decente universalmente aceptados dentro de sus cadenas mundiales de producción, no están en condiciones de aportar por sí solas una respuesta integral a los immensos desafíos laborales planteados por estas<sup>99</sup>. De allí la necesidad, antes que de desecharlas, dada su innegable y no replicada capacidad de impacto transnacional, de contemplarlas dentro de un enfoque más

<sup>95</sup> Como apuntan críticamente ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, ob. cit., p. 3.

<sup>96</sup> Como se apunta en OIT, ob. cit., p. 12. El sector de la moda constituye, conforme indican los autores citados en la nota anterior, p. 9, el ejemplo más significativo de esta lógica, que tiene en el modelo de “pronto moda” o “moda rápida” implementado por la marca española Zara, basado en un flujo casi constante de nuevas prendas adaptadas a la evolución de los gustos de los consumidores, su versión extrema.

<sup>97</sup> LOCKE, Richard, ob. cit., p. 12.

<sup>98</sup> Vid., desde perspectivas complementarias, ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, ps. 9-12; LOCKE, Richard, ob. cit., ps. 8, 12-14; y OIT, loc. cit.

<sup>99</sup> Conforme expone, sintetizando un punto de vista bastante extendido, LOCKE, Richard, ob. cit., p. 22.

amplio, como parte de estrategias integradas<sup>100</sup> que contribuyan a normalizar su diseño y suplir sus deficiencias y permitan avanzar hacia un modelo de mayor compromiso de estas empresas con los superiores costes que inevitablemente supone la garantía de condiciones laborales adecuadas dentro de sus procesos globales de producción, por más que adaptadas a los niveles de desarrollo y productividad existentes en los espacios donde operan.

La dificultad para dar pasos en esta dirección es notable. No obstante, como se ha dicho, no hay nada natural o inevitable, ni en el auge que han experimentado estos mecanismos reguladores de base privada, ni en las formas que adoptan en la actualidad. Ambos son el resultado de la interacción de múltiples fuerzas, tanto sociales y políticas como de mercado<sup>101</sup>, moldeables y flexibles por su propia naturaleza. Esto abre el espacio para la construcción de fórmulas más completas y receptivas, de cuya emergencia empiezan a advertirse evidencias.

#### 4. LA HIBRIDACIÓN DE ESFERAS DE INTERVENCIÓN E INSTRUMENTOS REGULADORES COMO RESPUESTA

¿Cómo avanzar, más allá de la voluntariedad y los esfuerzos aislados, no necesariamente coherentes además con la dinámica económica imperante en muchos sectores, hasta convertir las cadenas mundiales de producción de las empresas multinacionales en cadenas mundiales de control y mejora de las condiciones de trabajo en el mundo? ¿Cómo aprovechar el indudable potencial que tienen los instrumentos de gestión laboral transnacional impulsados por estas empresas, robusteciendo su capacidad reguladora transnacional y superando sus carencias? La respuesta a estas preguntas no es, por supuesto, ni fácil, ni segura. Tampoco única. Sus elementos empiezan a dibujarse trabajosamente, no obstante, en la última etapa. Estos giran en torno a dos estrategias que, aunque concebidas por separado, están en condiciones de rendir frutos especialmente relevantes de operar conjuntamente. La primera de ellas busca incidir sobre la configuración interna de estos instrumentos, abogando, además de por un perfeccionamiento de sus fórmulas de adopción y mecanismos de control, por la integración dentro de su contenido de elementos que permitan la sostenibilidad económica de las condiciones laborales garantizadas. Mientras que la segunda apunta a sus relaciones con los tradicionales instrumentos reguladores de naturaleza pública, con los que en principio carecen de conexión, buscando construir sinergias normativas entre ambos con el fin de favorecer su difusión, perfeccionamiento y efectividad. La lógica en ambos casos es finalmente la misma: la *combinación o hibridación de esferas de intervención* (la laboral y la económica) e *instrumentos reguladores* (privados y públicos) en pos de un

<sup>100</sup> KOLBEN, Kevin, “Dialogic...”, ob. cit., p. 441.

<sup>101</sup> Otra vez KOLBEN, Kevin, “Transnacional Labor...”, ob. cit., p. 410.

mismo objetivo: promover la sostenibilidad social de las cadenas mundiales de producción y el respeto de los derechos laborales fundamentales en el mundo.

El impulso de la primera de ellas pasa por dejar de concebir las vulneraciones de los derechos laborales que puedan producirse a lo largo de dichas cadenas como un problema exclusivo de las empresas contratistas, susceptible de ser solucionado a nivel de fábrica mediante una mejora de los mecanismos de control, para pasar a considerarlas como un fenómeno del que son responsables todos sus integrantes, incluyendo a la multinacional que se sitúa al frente de ellas<sup>102</sup>. En función de ello se postula la necesidad de un mayor compromiso de las casas matrices con los estándares cuyo cumplimiento exigen, que se exprese a través de cláusulas que aseguren, al lado de estrictos controles, relaciones contractuales dotadas de un cierto nivel de estabilidad y precios para los encargos que garanticen su viabilidad económica<sup>103</sup>. Y no como ocurre ahora, cuando impera una total falta de coordinación entre los departamentos de compras y de responsabilidad social de estas empresas<sup>104</sup> y las negociaciones de los contratos con los proveedores se centran en el precio que la multinacional está dispuesta a pagar y no en lo que pueda costar elaborar los bienes con condiciones justas de trabajo<sup>105</sup>. La idea es avanzar hacia la inclusión en estos instrumentos, al lado de deberes de orden laboral para los proveedores, de compromisos relacionados con las prácticas de compra de estas empresas, que garanticen *una relación más estable y sostenible* con ellos. Una opción que se encuentra en principio en conflicto con la lógica económica que guía la actuación de estas empresas, pero que tampoco es de imposible materialización. Abogar por el trabajo decente sin asumir los costes asociados a su implantación e incluso adoptando decisiones económicas que en la práctica lo hacen inviable, no parece ser una opción sostenible, ni a corto ni a medio plazo. Por el contrario, es capaz de dar lugar a múltiples problemas, como de hecho viene ocurriendo con muchas empresas que no consiguen colocarse al abrigo de los mismos pese a los esfuerzos de control desplegados. Esta necesidad y la presión de las organizaciones de trabajadores de uno y otro lado de las cadenas, así como de la sociedad y los consumidores organizados, están en condiciones abrir un espacio para la emergencia de este nuevo modelo, más evolucionado, de responsabilidad social. Un modelo del que empiezan a aparecer muestras, como se verá. Y que podría verse considerablemente potenciado por segunda de las referidas estrategias.

La puesta en marcha de esta requiere también de un cambio de enfoque. Este exige descartar la idea de que se trata de instrumentos de carácter exquisitamente privado, cuya adopción y puesta en práctica deben ser el fruto de una

<sup>102</sup> ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, ob. cit., p. 2.

<sup>103</sup> Nuevamente, ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, ob. cit., ps. 3, 7 y 40-42, cuyo enfoque se sigue aquí.

<sup>104</sup> Como se denuncia en OIT, “El trabajo...”, ob. cit., p. 54.

<sup>105</sup> ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, ob. cit., p. 10.

decisión libre e incondicionada de las multinacionales, para pasar a entender que los mismos interesan a la sociedad en su conjunto, que puede —y debe— intervenir a través de las instituciones de carácter público con el fin de optimizar las posibilidades de protección de los derechos laborales a lo largo del espacio global que ofrecen. En función de ello, postula la necesidad de una interacción creciente entre las formas privadas de gobernanza que introducen y los instrumentos normativos clásicos<sup>106</sup>, en refuerzo de la eficacia del resultado que solo a través de las primeras puede conseguirse. La idea es promover la generación de “sinergias entre el actor público y el actor privado”<sup>107</sup> en el marco de una “teoría integrada de la regulación”, dentro de la cual se empleen “múltiples medidas reglamentarias” de uno y otro origen “de manera acumulativa y con el propósito de que puedan contrarrestar entre sí sus limitaciones”<sup>108</sup>. Es decir, integrar los mecanismos privados dentro de sistemas de más amplio alcance, que refuercen su exigibilidad y promuevan su eficacia, dando lugar a “fórmulas híbridas de gobernanza”<sup>109</sup> o de “corregulación privado-pública”<sup>110</sup>, susceptibles de proyectar su aplicación y potenciar sus resultados. De hecho, este es un camino que ha empezado también a recorrerse, incluso con más intensidad que el anterior, tanto desde el derecho internacional como desde los ordenamientos nacionales, a través de la construcción de mecanismos que desechan las técnicas tradicionales de regulación para ensayar nuevas interacciones entre *soft* y *hard law*<sup>111</sup>.

A continuación, se pondrá de manifiesto, en tres apartados sucesivos, las diferentes formas de plasmación que actualmente tienen ambas estrategias.

#### *4.1. La construcción de instrumentos privados más eficaces y sostenibles*

El interés de las empresas multinacionales, y en especial de las más expuestas al escrutinio público, de garantizar la trazabilidad social de sus productos en defensa de su reputación comercial y el valor de sus marcas se sitúa en la base de la reciente evolución de los sistemas privados de regulación hacia

<sup>106</sup> MARX, Axel – WOLTERS, Jan, ob. cit., p. 491.

<sup>107</sup> BRINO, Vania, ob. cit., p. 6.

<sup>108</sup> Como sintetiza DEVA, Surya, “Corporate Human Rights Abuses and International Law: Brief Comments”, 21/04/2015, disponible en <https://www.escr-net.org/news/2015/corporate-human-rights-abuses-and-international-law-brief-comments> (consultado el 30/12/2018). La cursiva es mía.

<sup>109</sup> MARX, Axel – WOLTERS, Jan, ob. cit. Vid. también KOLBEN, Kevin, “Dialogic...”, ob. cit., p. 446.

<sup>110</sup> Vid. DAUGAREILH, Isabelle, “Introduction”, ob. cit., p. 24; y SACHS, Tatiana, “La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d’ordre: les ingrédients d’une corégulation”, Revue du Droit du Travail, jun. 2017, p. 382.

<sup>111</sup> O formas de “imbricación” entre ambos, en palabras de BAYLOS GRAU, Antonio P., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 123.

un modelo de mayores equilibrios<sup>112</sup> y mayor implicación con los estándares globales de trabajo decente. Esta tendencia se expresa a través de una serie instrumentos que en los últimos años dan varios pasos más respecto de sus precedentes, al atribuir a un conjunto sistemático de derechos laborales que va más allá de los proclamados como fundamentales por la Declaración de la OIT de 1998 el valor de reglas de obligado cumplimiento para todos los sujetos integrados en sus cadenas mundiales de producción, incorporando a las organizaciones representativas de los trabajadores en su diseño, adopción y el control de su aplicación mediante fórmulas que reproducen en el plano transnacional las prácticas típicas de la negociación colectiva doméstica y dan lugar a derechos instrumentales de participación, e incluso llegando a incorporar previsiones dirigidas a garantizar su viabilidad económica. Los supuestos de este tipo son excepcionales, pero su presencia es capaz de mostrar la línea de tendencia más avanzada en lo que a su construcción se refiere. A continuación, se hará alusión a aquellos dos que contienen las aportaciones fundamentales.

El primero está representado por el *Acuerdo marco internacional sobre derechos humanos y laborales fundamentales en la cadena de producción de Inditex*, suscrito en 2007 por esta compañía española con la federación sindical mundial textil y renovado sucesivamente en 2014 y 2019 con IndustriALL Global Union<sup>113</sup>. Este acuerdo se ha distinguido desde la primera de sus versiones por la singularidad de su enfoque sobre el control de los proveedores y contratistas y el rol que dentro de este se asigna a la garantía de la libertad sindical. Un resultado al que se llegará luego de una larga experiencia de cooperación con las organizaciones sindicales, especialmente de la sede de la casa matriz, que sirvió para poner de manifiesto las limitaciones de las auditorías periódicas a los efectos de detectar a tiempo las violaciones más graves cometidas por las empresas colaboradoras y sirvió para mostrar la aptitud de la intervención de las representaciones colectivas de los trabajadores para suplir esta carencia y dotar de credibilidad a las medidas correctoras que debían ser adoptadas<sup>114</sup>. Su punto de partida se encuentra en la consideración de “la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva” como una “pieza fundamental para garantizar el cumplimiento sostenible y a largo plazo de todas las demás normas internacionales del trabajo en la cadena de producción y distribución de Inditex”, como indica su versión más reciente. En función de ello introduce un conjunto de derechos instrumentales no presentes antes en ningún otro acuerdo de esta naturaleza,

<sup>112</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, ob. cit., p. 23.

<sup>113</sup> Bajo las sucesivas denominaciones de acuerdo marco global relativo al cumplimiento de las normas internacionales del trabajo en la cadena de producción y distribución de Inditex y Acuerdo Marco Global sin más.

<sup>114</sup> Mención especial merecen los casos “Topy Top” (Perú) y “River Rich” (Camboya), relativos a la defensa de la libertad sindical, y “Spectrum” (Bangladesh), vinculado a la reparación de las consecuencias de una catástrofe industrial. No obstante, sobre la evolución posterior a la solución de los dos primeros, vid. infra nota 120.

todos dirigidos a promover la asunción por las organizaciones sindicales de un relevante papel en la vigilancia del acatamiento sobre el terreno de los estándares sociales exigidos por la compañía. Entre ellos, en su más acabada versión, especialmente los siguientes: a) el compromiso de Inditex de proporcionar a la federación sindical firmante, y a través de esta a los sindicatos que la integran, la relación completa de las fábricas que conforman su cadena de producción, incluyendo su ubicación, los resultados de sus evaluaciones y el número de trabajadores que emplean; b) el deber de los contratistas de permitir el acceso a esas fábricas a los representantes de la federación firmante y los sindicatos locales afiliados a ella; y c) la obligación de las partes de intercambiar información sobre incumplimientos con el fin de aplicar medidas correctoras<sup>115</sup>. A todo lo cual se suma la creación de un Comité Sindical Global, al que se asigna un rol relevante en su implementación. Se da lugar, de tal forma, a un sistema de vigilancia “desde la base” que está en condiciones de superar buena parte de las carencias de las fórmulas de auditoría al uso, convirtiendo a los derechos laborales fundamentales, y en concreto al de libertad sindical, en garantes de su propia aplicación<sup>116</sup>.

El impacto de este instrumento, cuya aplicación se ha visto respaldada por una rica praxis de colaboración<sup>117</sup>, no puede ser minimizado, dadas las colosales dimensiones de la cadena de producción de Inditex, que abarcaba en 2018 un total de 6716 fábricas, a cargo de 1816 proveedores para los que prestan servicios 2.201.792 trabajadores situados en 41 países<sup>118</sup>. A lo que hay que añadir la influencia que sus positivas consecuencias en materia de prevención y solución de los conflictos ocasionados por el comportamiento laboral incorrecto de proveedores y contratistas está teniendo sobre otras multinacionales del sec-

<sup>115</sup> El primer y tercer mecanismo tienen su origen en el Protocolo para concretar la participación sindical para el fortalecimiento del AMI en la cadena de producción de Inditex suscrito en 2012, recogido en el texto de 2014 como anexo. Este sistema ha sido desarrollado en 2016 a través del Contrato marco de expertos sindicales, que regula las tareas del coordinador general del acuerdo, con funciones sindicales, y de los expertos que IndustriALL puede designar para impulsar su aplicación en los clusters de Inditex, situados en zonas estratégicas y con equipos de trabajo sobre el terreno, corriendo los gastos ocasionados por ambos a cargo de la empresa.

<sup>116</sup> Para un examen más detenido de este sistema, vid. BAYLOS GRAU, Antonio P., “La responsabilidad...”, ob. cit., ps. 124-127, destacando como su principal dificultad la necesaria existencia de representación sindical, no siempre posible; e “Intervención sindical en la cadena de valor de las empresas multinacionales para una eficaz aplicación de los compromisos de RSE: la experiencia de Inditex”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Ed. Cinca, Madrid, 2015, ps. 117 y ss.

<sup>117</sup> De la que dan detallada cuenta BOIX LLUCH, Isidor – GARRIDO SOTOMAYOR, Víctor, “Balance sindical de los 10 años del Acuerdo Marco Global con Inditex”, 2017, disponible en <http://www.industria.ccoo.es/5ffa04a491584d076248dacd7957aeac000060.pdf> (consultado el 30/09/2018).

<sup>118</sup> Para un análisis, desde la perspectiva sindical, de la composición de la cadena mundial de producción de Inditex, vid. BOIX LLUCH, Isidor – GARRIDO SOTOMAYOR, Víctor, “Proyecto ACT...”, ob. cit., ps. 397-399.

tor<sup>119</sup>. Esto no debe conducirnos a pasar por alto sus limitaciones, en especial a efectos de asegurar la sostenibilidad de las mejoras conseguidas a través de su aplicación. El seguimiento de algunos de los casos emblemáticos en los que se consiguió poner freno a prácticas abusivas pone de manifiesto que los cambios logrados terminaron siendo efímeros, al haber no haber optado paralelamente la empresa, como hubiera sido deseable, por mantener los niveles de pedidos previos y ajustar los precios al nuevo contexto<sup>120</sup>.

Esta barrera, en apariencia infranqueable, marcada por las exigencias económicas del modelo de negocio de las grandes empresas globales terminará por romperse luego de la tragedia acaecida en el edificio *Rana Plaza* de Bangladesh el 24/04/2013, en la que perdieron la vida 1134 personas, además de quedar heridas más de 2000 y perderse miles de puestos de trabajo. La necesidad de reaccionar con rapidez y contundencia frente a hechos de tal gravedad, que afectaron a trabajadores de contratistas de un importante número de multinacionales de la moda, condujo a la adopción de una serie de medidas inéditas, todas encaminadas a evitar la reproducción de las condiciones que determinaron su acaecimiento. Estas medidas, a las que hay que añadir la creación de un fondo fiduciario dirigido a indemnizar a las víctimas y sus familiares, se recogen en el *Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh*, suscrito poco después por treinta y nueve multinacionales europeas —a las que se irían adhiriendo muchas más, varias de ellas españolas, hasta superar los dos centenares— conjuntamente con IndustriALL y UNI, principales federaciones sindicales mundiales de los sectores industrial y de servicios, y ocho sindicatos locales<sup>121</sup>. Las novedades introducidas por este acuerdo comienzan por su propio carácter multilateral, no limitado a una sola empresa, y su expresamente reconocida naturaleza “legalmente vinculante”, tanto para los contratistas sujetos los programas de supervisión previstos como para las multinacionales que lo suscriben. A lo que hay que sumar su vocación

<sup>119</sup> Expresada especialmente a través de la suscripción de acuerdos marco que apuntan en la misma dirección por empresas de tanto relieve como la sueca H&M (2015), la alemana Tchibo (2016) o la española Mango (2018). Con carácter general, permítaseme la remisión a SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo – GARCÍA LANDABURU, María Katia, “La participación sindical en el control de las cadenas de producción de las empresas multinacionales: entre la utopía y la realidad”, en MONEREO PÉREZ, José L. (dir.), ob. cit., ps. 97 y ss.

<sup>120</sup> Vid. los estudios de casos de GREGORIATI, Catia – MILLER, Doug, “International Framework Agreements for Workers’ Rights? Insights from River Rich Cambodia”, Global Labour Journal, nro. 2, 2011, ps. 84-105; y SANGUINETTI, Wilfredo – GARCÍA LANDABURU, María Katia – VIVAS PONCE, Milagros, “Empresas multinacionales, responsabilidad social y derechos laborales en el Perú. La experiencia de Topy Top”, CICAJ-PUCP, Lima, 2013, especialmente ps. 31-33, donde se da cuenta de cómo la disminución de los pedidos de Inditex y Gap terminó por minar la efectividad del resultado conseguido. En general,ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, ob. cit., p. 26.

<sup>121</sup> Paralelamente otro grupo de multinacionales, especialmente norteamericanas, daría origen a la Alianza para la seguridad de los trabajadores de Bangladesh, cuyo contenido revela un nivel de implicación bastante menor.

de ir más allá de la visión puramente defensiva típica de estos instrumentos, al proponerse como objetivo la mejora de las condiciones de seguridad de las fábricas textiles del país, con el fin de que “la industria de la confección de Bangladesh sea segura y sostenible” y “ningún trabajador deba temer por incendios, derrumbamientos de edificios y otros accidentes evitables”. Objetivo para cuya consecución diseña un sistema independiente de inspecciones y evaluaciones de riesgos cuyas recomendaciones resultan de obligada aplicación para los contratistas y mecanismos de formación en materia preventiva, así como fórmulas de representación paritaria de los trabajadores, tanto en el órgano de gobierno del acuerdo como en los de gestión de la seguridad en cada empresa <sup>122</sup>. Lo que confiere un carácter verdaderamente revolucionario a este instrumento es, no obstante, la decisión de incluir *cláusulas reguladoras de las prácticas de compra* de las empresas signatarias, dirigidas a asegurar la viabilidad económica de lo pactado <sup>123</sup>.

A tal efecto el acuerdo establece, al lado del deber de dichas empresas de financiar las actividades derivadas de su aplicación de forma proporcional a sus volúmenes de encargos, el compromiso de aquellas, tanto de negociar condiciones comerciales “que garanticen que es financieramente viable para la fábrica mantener los lugares de trabajo seguros”, como de “mantener relaciones comerciales de externalización a largo plazo en Bangladesh” mediante la negociación de “volúmenes de pedidos comparables o superiores a los existentes el año anterior” al inicio del acuerdo y “como mínimo durante los dos primeros años de vigencia” de este. Por vez primera se asume, de tal modo, que la garantía de condiciones laborales justas constituye una responsabilidad compartida de todos los integrantes de la cadena de suministro, la multinacional incluida, y no solo de los proveedores. Y, por supuesto, que ella exige asumir los costes que de ello derivan. Ha tenido que ser el temor a la repetición de un gran desastre como el de Rana Plaza el que permita la ruptura de esta barrera. A cuya superación ha contribuido también el carácter multilateral del acuerdo, y luego su elevada densidad, que permiten que el aumento de costes resultante no suponga para ninguno de los participantes una desventaja competitiva respecto de los demás <sup>124</sup>. Lo cual promueve la coordinación de esfuerzos y el cumplimiento efectivo sobre la base de la recíproca compulsión <sup>125</sup>.

Este acuerdo ha producido resultados muy satisfactorios durante sus cinco años iniciales de vigencia, renovada en 2018. Su principal dificultad ha radicado, a partir de entonces, en la política obstrucciónista de sus actividades puesta

<sup>122</sup> Sobre ese acuerdo, vid. SOLER ARREBOLA, José A., “Nuevas tendencias en los acuerdos marco internacionales: el acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (dir.), “La transnacionalización...”, ob. cit., ps. 97-114.

<sup>123</sup> ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, ob. cit., ps. 27-28.

<sup>124</sup> Ibid., p. 29.

<sup>125</sup> Como subraya BAYLOS GRAU, Antonio P., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 131.

en marcha por el gobierno de Bangladesh. No obstante, a finales de 2029 su Comité Directivo y la asociación de empleadores de la confección de Bangladesh decidieron crear un *consejo de sostenibilidad* a los efectos de continuar con las inspecciones a las fábricas y la formación en seguridad, como paso intermedio para la transferencia de sus funciones a un organismo regulador nacional<sup>126</sup>.

Este es un modelo susceptible de ser replicado en más ámbitos, sobre todo si se mantiene esta conveniente dimensión multiempresarial. De hecho, la conciencia de la escasa sostenibilidad a medio y largo plazo de los sistemas basados exclusivamente en el control ha hecho posible la adhesión de un importante grupo de multinacionales de la moda al *Proyecto ACT (Acción Colaboración Transformación)* impulsado por el IndustriALL, cuyo propósito es lograr salarios suficientes y dignos para los trabajadores en varios países clave de este sector, especialmente del sudeste asiático, mediante el desarrollo de la negociación colectiva, preferentemente de industria, respaldada por *prácticas responsables de compra* que aseguren la estabilidad de los pedidos y precios que respalden los nuevos salarios<sup>127</sup>. La aplicación de esta iniciativa, aún en fase de lanzamiento, está siendo especialmente relevante en el caso de la industria textil de Myanmar, donde se ha alcanzado en mayo de 2020 un importante acuerdo entre todas las partes implicadas con el fin de poner en marcha un diálogo marcas-empleadores-sindicatos dirigido a proteger a las fábricas y los trabajadores de los efectos más negativos de la crisis económica y sanitaria originada por el virus COVID-19<sup>128</sup>. Igualmente relevante en esta dirección es la declaración conjunta suscrita en agosto de este mismo año por Inditex e IndustriALL con el objetivo de “trabajar juntos para apoyar la recuperación económica y social de la industria mundial de la confección”, duramente afectada por la referida crisis, en la medida en que dentro de ella se incluyen compromisos encaminados a “minimizar los impactos negativos de la pandemia mundial” a través de medidas de contenido económico y no solamente laboral, como el desarrollo de “prácticas de compra responsable”, la garantía de “condiciones de pago estables” que sirvan para “apoyar el flujo de caja a los proveedores y así proporcionar estabilidad y previsibilidad a los trabajadores” o la generación de condiciones financieras que

<sup>126</sup> Vid., con información de gran utilidad, GARRIDO SOTOMAYOR, Víctor, “Bangladesh-2019. Actualización de la situación del Accord, después de su renovación”, disponible en <https://industria.ccoo.es/8565f06360a77176c9b710bbcd69b25000060.pdf> (consultado el 27/10/2020).

<sup>127</sup> Vid. BOIX LLUCH, Isidor – GARRIDO SOTOMAYOR, “Proyecto ACT...”, ob. cit., ps. 392-393.

<sup>128</sup> Vid., incluyendo abundante información, <https://actonlivingwages.com/myanmar>. El texto del acuerdo puede consultarse en <https://actonlivingwages.com/wp-content/uploads/2020/05/Final-joint-statement-brands-employers-union-on-Covid-Myanmar.pdf> (consultado el 24/10/2020).

permitan a los proveedores cumplir con los pagos a los trabajadores y preservar el nivel de empleo e ingresos<sup>129</sup>.

#### *4.2. La densificación del tratamiento de la responsabilidad social a nivel internacional: la consolidación de las nociones de debida diligencia y esfera de influencia*

De forma paralela a la extensión y mejora de los instrumentos privados, ha tenido lugar en la última década un proceso, más relevante aún, de apropiación y reelaboración por parte de las instituciones internacionales de la noción de responsabilidad social, hasta entonces usada libremente por las multinacionales, dirigido a dotarla de consistencia reguladora y proyectarla sobre el entero espacio de estas. Este proceso, cuyo resultado ha sido un *endurecimiento o densificación* de dicha noción<sup>130</sup>, se expresa a través de la emergencia, con escasa distancia temporal, de una importante “malla” de instrumentos internacionales, todos encuadrables dentro del denominado *soft law*, que comparten dos rasgos básicos: su propósito de introducir pautas ordenadoras del comportamiento socialmente responsable de dichas empresas y su confluencia en torno a dos conceptos clave, no utilizados antes en este ámbito: el de *debida diligencia*, como criterio de definición de esas pautas, y el de *esfera de influencia*, como elemento delimitador de su radio de aplicación.

El punto de arranque de este proceso se encuentra en el fracaso experimentado en 2003 por las Naciones Unidas en el intento de regular las actividades de las empresas multinacionales, que condujo a esta organización a encauzar sus esfuerzos hacia la elaboración de un instrumento por completo distinto. El resultado será la aprobación en junio de 2011, luego de un fatigoso proceso liderado por el representante especial John Ruggie, de los *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*<sup>131</sup>. El objeto de estos principios, desprovistos de carácter vinculante, es delinejar un marco general dirigido a prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos —entre ellos los laborales fundamentales— que puedan producirse con ocasión del desarrollo de las actividades empresariales mediante la previsión de un conjunto de obligaciones y responsabilidades en cabeza de los Estados y las empresas, articulado en torno a tres pilares: la obligación de los primeros de proteger esos derechos, la responsabilidad de las segundas de respetarlos y el deber de ambos garantizar

<sup>129</sup> El texto íntegro de la declaración puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.inditex.com/documents/10279/653009/Declaraci%C3%B3n+conjunta+de+Inditex+e+IndustriALL+Global+Union\\_ES.pdf/3110d786-d427-7cc4-56f6-4696a9426b73](https://www.inditex.com/documents/10279/653009/Declaraci%C3%B3n+conjunta+de+Inditex+e+IndustriALL+Global+Union_ES.pdf/3110d786-d427-7cc4-56f6-4696a9426b73) (consultado el 24/10/2020).

<sup>130</sup> MARTIN-CHEMUT, Katia, “Devoir de vigilance: internormativités et durcissement de la RSE”, Droit Social, nro. 10, 2017, ps. 798-799.

<sup>131</sup> Documento A/HRC/17/31, cuyo marco conceptual fue definido en 2008 por el informe “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos” (Documento A/HRC/8/5).

a las víctimas la reparación de los abusos. Dentro de este marco, la responsabilidad de las empresas, que es enfocada como un efecto de la aplicación de las normas existentes y no como algo nuevo, se concreta no solo en el deber negativo de evitar “que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos”, sino en la obligación de carácter positivo de “prevenir o mitigar” igualmente aquellas “directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlas”<sup>132</sup>, debiendo poner en marcha un “proceso de debida diligencia” con el fin de diseñar y aplicar todas las medidas necesarias para alcanzar ese doble efecto preventivo y reparador, así como rendir cuentas de sus resultados<sup>133</sup>.

Los Principios Rectores recurren de este modo a un concepto proveniente del derecho de sociedades, aunque utilizado antes por la legislación medioambiental internacional<sup>134</sup>, como es el de debida diligencia, que apela al poder de actuación de los propios agentes económicos internacionales, con el fin de convertirlo en la herramienta fundamental para asegurar el respeto de los derechos humanos, no solo en su espacio interno, sino en el de todas las empresas que contribuyan al desarrollo de sus actividades. Lo cual es tanto como decir sobre sus cadenas mundiales de producción. Se recoge con ello, aunque implícitamente, la noción de esfera de influencia, lanzada en el año 2000 por el *Pacto Mundial de las Naciones Unidas* como elemento definidor de los contextos de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos<sup>135</sup>, con el fin de utilizarla como instrumento para proyectar la aplicación del deber de actuación diligente al espacio económico global. La confluencia, tanto de objetivos como de método, con los instrumentos privados desarrollados por las empresas multinacionales es aquí clara. Y, a la vista de esta, también la aptitud de los mecanismos susceptibles de ser puestos en marcha en aplicación de estos principios para desarrollar procesos globales dirigidos a asegurar el respeto de esos derechos<sup>136</sup>. Por más que la aplicación del parámetro de la diligencia les confiera un cariz particular, como se verá.

Seguramente debido a este potencial es que el traslado al campo de los derechos humanos de la noción de debida diligencia, debidamente complementada por la de esfera de influencia, ha tenido “un éxito insospechado” en

<sup>132</sup> Principio 13.

<sup>133</sup> Principio 15.

<sup>134</sup> Vid. LOEWE, Boris, “Etude sphère d'influence versus due diligence”, 2010, ps. 3-6, disponible en [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1\\_2PESP\\_1\\_Etude\\_sphere\\_dinfluence\\_versus\\_due\\_diligence\\_cle874ee9.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_1_Etude_sphere_dinfluence_versus_due_diligence_cle874ee9.pdf) (consultado el 01/02/2018).

<sup>135</sup> Principio 1: “Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos internacionalmente dentro de su ámbito de influencia” (la cursiva es mía).

<sup>136</sup> De modo parecido, BRINO, Vania – GRAGNOLI, Enrico, ob. cit., p. 217.

los últimos años<sup>137</sup>, que contrasta con la escasa intensidad normativa del instrumento que la introdujo. Al extremo de poderse decir que en la actualidad constituye el estándar de medición del cumplimiento por las empresas de sus obligaciones internacionales y un instrumento imprescindible para la gestión de los riesgos en materia de derechos humanos por parte de ellas<sup>138</sup>. Expresión de esto es el progresivo alineamiento en torno a ella de las demás herramientas internacionales dirigidas a encauzar la actuación de las empresas multinacionales. Particularmente de las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, que se apresuraron a recogerla, con un amplio desarrollo, en su reforma de 2011<sup>139</sup>, y la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social* de la OIT, que hizo lo propio desde su reforma de 2017<sup>140</sup>. Así, si la labor de la OIT ha servido para marcar el objetivo de universalización de los derechos sociales, las Naciones Unidas han puesto sobre la mesa el medio: el desarrollo de procesos de debida diligencia por parte de las empresas multinacionales, dirigidos a prevenir impactos negativos sobre ellos en sus cadenas de suministro<sup>141</sup>.

Antes que la desautorización de la dinámica de creación de normas privadas de aplicación transnacional, esta confluencia supone la emergencia de un importante consenso en torno a la aptitud de la estrategia de utilización del poder privado de las multinacionales como instrumento de garantía de los derechos laborales que a través de ella se expresa. Lo que se busca ahora es proyectarla más allá de las empresas que recurren a ella por razones de mercado, hacia todas las que realizan actividades generadoras de riesgos. A la vez que dotarla de objetividad en cuanto a sus alcances y formas de plasmación. La lógica que a ello subyace no es otra, claro está, que la de la combinación o hibridación de instrumentos y técnicas reguladoras con el fin de promover sinergias entre ellos. Los mecanismos descritos en el apartado anterior, que incluyen sistemas de control potencialmente eficaces y fórmulas de garantía de la sostenibilidad

<sup>137</sup> DAUGAREILH, Isabelle, “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo – VIVERO SERRANO, Juan Bautista (dirs.), *La construcción...*, ob. cit., p. 358.

<sup>138</sup> MARTIN-CHEMUT, Katia, ob. cit., ps. 799-800.

<sup>139</sup> Tanto en sus principios generales (principios 10 a 13 y comentarios 14 a 24) como en su sección dedicada a los derechos humanos (principio 5 y comentario 45). Este reconocimiento ha venido acompañado de la elaboración de guías de debida diligencia para los sectores más importantes: minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo (2013), extracción de recursos naturales (2015), agrícola (2017) y confección y calzado (2017). Así como de una guía sobre el proceso de desarrollo de los mecanismos de debida diligencia (2018).

<sup>140</sup> A través de párr. 10, donde se destaca el papel central de la libertad sindical y la negociación colectiva en estos procesos. Con anterioridad, la noción había sido recogida por la OIT a través de la resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro de 2016 (párr. 18). Un antecedente muy relevante está representado por la adopción en 2009 de la norma ISO 26000 sobre responsabilidad social por la Organización Internacional para la Normalización, inspirada por principios sustancialmente similares.

<sup>141</sup> VACARIE, Isabelle, ob. cit., ps. 634-635.

económica de sus condiciones laborales, deben ser considerados, desde este punto de vista, formas privilegiadas de expresión de la actuación diligente que se trata de promover.

La noción de debida diligencia constituye, así pues, la base de todo el edificio que ha empezado a construirse desde la aprobación de los Principios Rectores. Con carácter general, a través de ella se alude a un deber de prudencia, representativo de una obligación de medios y no de resultado, que requiere la aplicación de todas las medidas apropiadas para la consecución del objetivo perseguido. Como tal, conduce a la introducción de esa dimensión de prudencia en la adopción de las decisiones empresariales, mediante la realización de controles previos del posible impacto adverso de factores externos, cuyo fin último es proteger de ellos a la propia empresa <sup>142</sup>. Su traslado al terreno de los derechos humanos trae consigo, como se ha dicho, la internalización de los riegos sociales dentro de la gobernanza societaria <sup>143</sup>. Lo cual debe realizarse través de un “proceso” encaminado a un cuádruple objetivo: “identificar, prevenir, mitigar y responder” de los efectos adversos de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos <sup>144</sup>, cuya ejecución se descompone en cinco fases: a) “identificar las consecuencias negativas reales o potenciales” en las que pueda verse implicada; b) “integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto” en sus procesos internos y “tomar las medidas oportunas”; c) “hacer un seguimiento de la eficacia” de estas; d) informar de ellas y sus efectos; y e) reparar o “contribuir a reparar” los daños que hayan “provocado o contribuido a provocar” <sup>145</sup>. Su cumplimiento exige una conducta proactiva y de compromiso de las empresas, que vaya más allá del deber de indemnizar los daños, para anticiparse a estos mediante la valoración y eliminación de los riesgos que sus actividades puedan occasionar.

La noción de debida diligencia no estaría en condiciones de rendir resultados satisfactorios, sin embargo, si se limitase al ámbito interno de las multinacionales. En realidad, adquiere verdadero sentido cuando se la aplica más allá, prescindiendo de la ficción de la personalidad jurídica, al completo espacio de los procesos globales de producción <sup>146</sup>. Así lo hacen los Principios Rectores, adoptando una visión extremadamente amplia de su radio de actuación, capaz de abarcar “las relaciones con los socios comerciales, entidades de su cadena de valor y cualquier otra entidad” directamente relacionada “con sus operacio-

<sup>142</sup> Todo ello según LOEWE, Boris, ob. cit., ps. 3, 5-6.

<sup>143</sup> BRINO, Vania, ob. cit., p. 14.

<sup>144</sup> Principio 17.

<sup>145</sup> Principios 18 a 22. Este diseño coincide plenamente con el de las Directrices de la OCDE.

<sup>146</sup> LOEWE, Boris, ob. cit., ps. 12-13, destacando el carácter complementario de ambas nociones. En realidad, como apunta SACHS, Tatiana, ob. cit., p. 384, la debida diligencia es el corolario de la influencia.

nes comerciales, productos o servicios”<sup>147</sup>. Con ello quedan cubiertos, no solo los colaboradores directos, sino todos los eslabones de la cadena de valor. Al adoptar esta decisión, que como se dijo implica la tácita recepción de la noción de esfera de influencia, presente también en los demás instrumentos de este tipo<sup>148</sup>, los Principios Rectores superan la visión de las vulneraciones como un problema que atañe solo a los contratistas, para asumir que la organización de la producción a través de cadenas de valor es en sí misma una fuente de riesgos<sup>149</sup>, que las multinacionales deben “mitigar en la mayor medida posible” utilizando la posibilidad de influir sobre la conducta de aquellos que les confiere el control que ejercen sobre el proceso global de producción. La noción de “influencia” remite aquí a la capacidad “de modificar las prácticas perjudiciales de una entidad que provoque un daño”<sup>150</sup>. Como tal puede ser mayor o menor dependiendo de factores diversos —como la clase de proceso productivo o bien del que se trate, la intensidad y permanencia de la relación comercial, el tipo de acuerdos existentes entre las partes o la mayor o menor sustituibilidad del proveedor, entre otros— permitiendo una modulación “por círculos concéntricos” de la diligencia y la responsabilidad<sup>151</sup> que resulta especialmente sensible a la compleja realidad subyacente en estos casos.

#### *4.3. El anclaje o captura de los procesos de regulación privada por el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales*

La marcha triunfal de la noción de debida diligencia en el ámbito internacional, que es expresión de su particular ductilidad y consiguiente capacidad de generar consensos a su alrededor<sup>152</sup>, ha servido para convertir el método inicialmente puesto en marcha de forma espontánea por las empresas multinacionales, basado en la instrumentalización de su capacidad de control sobre los sujetos que se sitúan dentro de su esfera de influencia, en la herramienta fundamental para la garantía de los derechos humanos en las cadenas mundiales de valor. Asimismo, ha permitido poner sobre el tapete una serie de parámetros de carácter objetivo, por más que flexibles en su configuración, a los que estas empresas han de someterse, poniendo con ello fin a la indefinición reinante en el pasado.

<sup>147</sup> Según el comentario al Principio 13.

<sup>148</sup> Como la norma ISO 26000 (Sección 7.3.2) y las Directrices de la OCDE (Comentario 19 a los Principios Generales).

<sup>149</sup> DAUGAREILH, Isabelle, “La ley...”, ob. cit., p. 362.

<sup>150</sup> Como indica el comentario al Principio 19. La misma idea aparece en las normas citadas en supra nota 145.

<sup>151</sup> LOEWE, Boris, ob. cit., p. 9. Ampliamente sobre el tema, MAC CIONNAITH, Sophie, “Le concept de ‘ sphère d’influence’ : de nouvelles obligations pour l’entreprise”, Université Toulouse 1, Tolouse, 2016, *passim*.

<sup>152</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derecho humanos”, Lex Social, nro. 2, 2018, p. 224.

Esto no debe hacernos perder de vista que la universalización y densificación de la noción de responsabilidad social empresarial que este proceso trae consigo es una, a la vista de la naturaleza de los instrumentos que la recogen, *más de orden conceptual que normativo*. A fin de cuentas, la puesta en marcha de los procesos de debida diligencia continúa dependiendo de la decisión de estas empresas, por más que la valoración de su idoneidad se encuentre sujetas a criterios pre establecidos.

Pero la capacidad de influencia del haz de instrumentos internacionales que sancionan la debida diligencia como parámetro de valoración de la actuación de las empresas multinacionales, y en particular de los Principios Rectores, no se limita solo al ámbito estricto de estas. Estos principios aportan también una base a partir de la cual los ordenamientos nacionales de los países sede de las casas matrices —y los de carácter supraestatal que los agrupen, como el de la Unión Europea— pueden poner en marcha regulaciones dirigidas, bien a promover la puesta en marcha de procesos de diligencia debida, sirviéndose para ello de incentivos o de la creación de fórmulas de transparencia y rendición de cuentas, o bien incluso a hacerla exigible sin más para las empresas que cumplan determinadas condiciones<sup>153</sup>, dando lugar a procesos normativos de alcance extraterritorial por lo que al impacto de sus mandatos se refiere<sup>154</sup>.

De hecho, el suceso alcanzado por los Principios Rectores en la escena internacional empieza a reproducirse en los espacios inferiores a través de intervenciones de mayor voltaje regulador, demostrando que un instrumento de *soft law* como este puede convertirse bajo ciertas condiciones en un eficaz medio de promoción de fórmulas de *hard law*<sup>155</sup>, capaces convertir en vinculantes sus contenidos o en obligatorio el alcance de sus objetivos. Es así como en los últimos años asistimos a la creación de novedosos mecanismos reguladores a través de los cuales se trata de ofrecer un anclaje dentro de un determinado ordenamiento a la debida diligencia<sup>156</sup>, con el fin de impulsar a través de su fomento o imposición, según los casos, la captura de las formas de ejercicio del poder de las empresas multinacionales sobre sus cadenas de valor<sup>157</sup> y su encauzamiento hacia la garantía de un núcleo básico de condiciones justas de trabajo, dando lugar a fórmulas híbridas de gobernanza fruto de la conmixinión de intervenciones públicas y privadas especialmente aptas, como se ha dicho, para gobernar estos procesos.

<sup>153</sup> Vid., destacando entre otras estas opciones, GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, “Diligencia...”, ob. cit., p. 234.

<sup>154</sup> En la medida en que la obligación de actuación establecida en cabeza de la multinacional proyectaría entonces sus efectos sobre la actividad de filiales, contratistas y proveedores situados en un territorio distinto de aquel en el que tiene su sede la casa matriz, como indica DAUGAREILH, Isabelle, “La ley...”, ob. cit., p. 376.

<sup>155</sup> BRINO, Vania, ob. cit., p. 21.

<sup>156</sup> BAYLOS GRAU, Antonio P., “La responsabilidad...”, ob. cit., ps. 122-123.

<sup>157</sup> DAUGAREILH, Isabelle, ob. cit., p. 362.

El primer espacio de propagación de la debida diligencia es el del derecho de la Unión Europea. La técnica elegida con carácter general ha sido en este caso una de vocación promocional, basada en la creación de un deber de transparencia en relación con las políticas y medidas puestas en práctica en su ejercicio, al que subyace su consideración como un deber de las empresas cuyas actividades generen riesgos. A estos efectos la *directiva 2104/95/UE* introduce la obligación de todas las empresas que por la importancia de su actividad y volumen de operaciones puedan ser consideradas de interés público y cuenten con más de 500 trabajadores, cuyo número rondaría las 6000<sup>158</sup>, de incluir en sus informes de gestión “un estado no financiero” que contenga información sobre el impacto de sus actividades sobre “cuestiones sociales y medioambientales” y el “respeto de los derechos humanos”, las políticas y los “procedimientos de diligencia debida aplicados” y sus resultados, incluyendo “cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales”. Una referencia que abarca sus “cadenas de suministro y subcontratación”, como se apunta en su parte considerativa<sup>159</sup>. Se confía de tal modo en que el riesgo reputacional y la visibilidad sean incentivos suficientes para el impulso de las prácticas de debida diligencia en las grandes empresas europeas<sup>160</sup>. Y, seguramente, en que esto tenga un efecto multiplicador sobre las demás. Lo que no ha estado reñido, de todas formas, con la imposición directa de un deber de diligencia *stricto sensu* tratándose de actividades de especial riesgo. Estos son los casos del *Reglamento UE 995/2010*, de 20 de octubre, que regula las obligaciones de los comercializadores de maderas y productos derivados, y del *Reglamento UE 2017/821*, de 17 de mayo, que introduce obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de estaño, tantalio, wolframio y sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo<sup>161</sup>.

Al lado de estas medidas, empieza a difundirse entre los Estados sede de las casas matrices una sensibilidad cada vez mayor en torno a la necesidad de adoptar medidas dirigidas impulsar la puesta en marcha por parte de estas de políticas de debida diligencia al objeto de prevenir y reparar las vulneraciones de los derechos laborales fundamentales en sus procesos globales de producción. Las primeras iniciativas guardan similitud con la vía elegida por la legislación europea, en la medida en que lo que hacen es dar lugar a una obligación de

<sup>158</sup> Según la información proporcionada por GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, “Diligencia...”, ob. cit., p. 232.

<sup>159</sup> Considerando 6 de la Directiva. Este deber ha sido objeto de un amplio desarrollo respecto de dichas cadenas a través de las Directrices sobre la presentación de informes no financieros elaboradas por la Comisión Europea (Documento 2017/C 215/01, apartados 4.2 a 4.4), cuyas potencialidades no son aprovechadas en toda su magnitud por la ley 11/2018, de 28 de diciembre, de transposición para España de dicha obligación.

<sup>160</sup> BRINO, Vania, ob. cit., p. 22.

<sup>161</sup> Un análisis de ambos, desde la perspectiva que aquí interesa, en DAUGAREILH, Isabelle, ob. cit., ps. 375-376.

transparencia respecto de las actuaciones adoptadas con el fin de evitar determinadas vulneraciones consideradas especialmente condenables en las cadenas de producción de las empresas que tienen su sede u operan en sus territorios, la cual presupone la necesidad de actuar con diligencia, pero no la consagra expresamente como un deber. Este ha sido en caso, en primer lugar, de la *Ley de Transparencia en la Cadena de Suministro de California*, aprobada en 2010, que obliga a todos los fabricantes y minoristas que operen en dicho territorio cuyos ingresos brutos asciendan al menos a 100 millones de dólares a hacer público un informe anual en el que especifiquen los esfuerzos y las medidas adoptadas para erradicar el trabajo forzoso y la trata de personas dentro de sus redes de filiales y proveedores. Y también de la británica *Ley sobre la Esclavitud Moderna*, que desde 2015 impone un deber de características esencialmente similares a las empresas cuyo volumen de negocios supere los 36 millones de libras anuales. En ambos casos se trata de normas de carácter promocional, cuyo impacto extraterritorial es, si acaso, limitado e indirecto<sup>162</sup>, en la medida en que no dan el salto hacia la creación de un auténtico deber de diligencia en cabeza de las empresas a las que se dirigen. Este es un paso dado, por vez primera, la *Ley sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas*, aprobada en Francia en marzo de 2017.

Fruto de un largo y complejo proceso de gestación, esta ley es, efectivamente, la primera, tanto en establecer de forma explícita y vinculante un deber de esa naturaleza en cabeza de las empresas que lideran procesos de producción transnacional, como en desarrollar su contenido, configurándolo como un *deber de vigilancia* sobre sus redes de filiales y colaboradores<sup>163</sup>, cuya falta de acatamiento se encuentra sujeta a responsabilidades exigibles jurídicamente. A tal efecto impone a todas las sociedades domiciliadas en Francia que empleen entre ellas y sus filiales al menos cinco mil trabajadores dentro del territorio de este país o diez mil entre este y el exterior, el deber de “establecer y aplicar de forma efectiva” un *plan de vigilancia* que incluya “medidas razonables de vigilancia dirigidas a identificar los riesgos y a prevenir violaciones graves de los derechos humanos, las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente” derivadas de sus actividades y las de las sociedades que controla, así como “de sus subcontratistas o proveedores con los que mantiene una relación comercial estable”. Dicho plan, que deberá ser elaborado en colaboración con los grupos sociales interesados, deberá comprender: a) un mapa de riesgos que permita su identificación, análisis y priorización; b) los procedimientos de evaluación periódica de sus filiales, subcontratistas y proveedores en relación

<sup>162</sup> BRINO, Vania, ob. cit., p. 18. De hecho, según informan ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, ob. cit., p. 39, la primera está teniendo como efecto el desarrollo de códigos de conducta y prácticas de monitorización.

<sup>163</sup> Como indica MAC CIONNAITH, Sophie, “Le concept...”, ob. cit., p. 69, la noción de “deber de vigilancia”, tomada de la norma ISO 26000, debe ser considerada en este contexto como equivalente a la de “debida diligencia”.

con esos riesgos; c) acciones apropiadas para la mitigación de los mismos y la prevención de daños graves a los bienes protegidos; d) un mecanismo de alerta y recogida de denuncias establecido en concierto con las organizaciones sindicales representativas dentro de la empresa; y e) un sistema de seguimiento de las medidas aplicadas y evaluación de su eficacia. A lo que se añade la expresa indicación de que el incumplimiento de estas obligaciones “implicará la responsabilidad de su autor y lo obligará a indemnizar los daños y perjuicios que su cumplimiento hubiera podido evitar”<sup>164</sup>.

Como es fácil de advertir, a través de esta norma se busca transformar las cadenas mundiales de producción de todos los sectores en cadenas de mundiales de control y respeto de un núcleo básico de derechos, mediante la conversión de los que hasta ahora han venido siendo mecanismos voluntarios de control creados a partir de la tutela reputacional de las multinacionales más expuestas al escrutinio público en instrumentos de uso obligatorio por parte de todas ellas. Se recurre para ello al diseño de una fórmula híbrida o mixta de corregulación, mezcla de regulación imperativa y derecho blando<sup>165</sup>, con arreglo a la cual el legislador, en vez de ordenar directamente el fenómeno, visto que esto se encuentra fuera de su alcance, procede a la instrumentalización o captura de esos mecanismos privados de regulación<sup>166</sup>, estableciendo la obligatoriedad de su empleo y los objetivos que con este habrá de perseguirse, aunque sin definir de manera cerrada sus contenidos con el fin de que estos se adapten a cada situación. En este contexto, la delimitación del espacio de actuación del deber de vigilancia se realiza, en consonancia con el objeto de la norma, recurriendo no solo a la noción de control propia del derecho de sociedades, apta para cubrir solo la actividad de las filiales, sino a una más amplia, que atiende a la influencia que están en condiciones de desplegar estas empresas sobre aquellos socios con los que mantienen una “relación comercial estable”<sup>167</sup>. La dependencia económica se convierte, de tal modo, en el fundamento de un deber de vigilancia del cual pueden derivarse responsabilidades para la empresa dominante, pero sin que ello suponga poner en cuestión las fronteras societarias, como sucede por

<sup>164</sup> La posibilidad de imponer por la vía judicial una multa de hasta de 10 millones de euros a las empresas que incumpliesen el deber de vigilancia, prevista como mecanismo de cierre por la versión original de la ley, fue anulada por el Consejo Constitucional francés, que la consideró contraria al principio de legalidad de las penas.

<sup>165</sup> SACHS, Tatiana, ob. cit., p. 382. Vid. también LYON-CAEN, Antoine, ob. cit., p. 245, para quien esta ley constituye “un sorprendente ejemplo de internormación variable”, que parece adoptar “una articulación, una hibridación entre derecho internacional y ley nacional, normas estatales y leyes privadas, normas administrativas y mecanismos provenientes de la responsabilidad social y ambiental de la empresa”.

<sup>166</sup> DAUGAREILH, Isabelle, “La ley...”, ob. cit., p. 362.

<sup>167</sup> SACHS, Tatiana, ob. cit., p. 383. Con ello quedarían fuera los siguientes anillos de las cadenas de valor. Aunque una política dirigida a prevenir daños graves sobre los bienes protegidos no podrá seguramente esquivarlos.

lo general<sup>168</sup>. También resulta relevante la exigencia de colaboración en la elaboración del plan de los grupos sociales interesados, los llamados *stakeholders*, dentro de los cuales ocupan un espacio central por supuesto los trabajadores y sus representantes, en la medida en que permite superar el déficit de legitimidad que ha venido caracterizando a estos instrumentos, además de contribuir a la mejora de su efectividad. Destacable es, asimismo, la inclusión de la necesidad de concertar con los sindicatos representativos dentro de la empresa los sistemas de alerta y recogida de denuncias, ya que a través de ella el legislador se hace cargo de la enorme dificultad que supone el control de las cadenas mundiales de producción y busca promover para hacerle frente con fórmulas de implicación sindical como las desarrolladas en el ámbito de los acuerdos marco internacionales, dando lugar a un singular espacio de negociación susceptible de desarrollarse tanto a escala nacional como internacional<sup>169</sup>. No puede dejar de subrayarse, en fin, el singular supuesto de responsabilidad civil extracontractual de las casas matrices creado por la norma, que se inscribe dentro de la lógica de la denominada *responsabilidad-anticipación*<sup>170</sup>, en la medida que las obliga a resarcir aquellos daños que su actuación hubiera permitido evitar, pudiendo ser interpuesta la correspondiente acción por cualquier persona con un interés legítimo<sup>171</sup>.

No cabe duda de que la singular combinación de elementos presentes en esta norma representa un verdadero salto cualitativo en el enfoque de la cuestión. De allí que, desde instancias diversas, como el Parlamento Europeo o el Consejo de Europa, se postule la necesidad de introducir mecanismos de características similares, basados en la “diligencia debida obligatoria”, tanto a nivel estatal como del derecho de la Unión Europea<sup>172</sup>. Esta es, por lo demás, una propuesta que empieza a ser objeto de una acogida cada vez más relevante, como se desprende de la aprobación en mayo de 2019 de la *Ley de diligencia*

<sup>168</sup> Ibid., p. 384.

<sup>169</sup> DAUGAREILH, Isabelle, “La ley...”, ob. cit., ps. 367, 373-374.

<sup>170</sup> Ibid., p. 377, y la bibliografía citada por la autora.

<sup>171</sup> Como indica SACHS, Tatiana, ob. cit., ps. 389-390, no estamos aquí ante un supuesto de responsabilidad de la casa matriz por hechos ajenos —como pueden ser las vulneraciones de los bienes protegidos realizadas por sus filiales y contratistas— sino por un hecho propio, como es el incumplimiento del deber de vigilancia. Este incumplimiento, empero, solo es capaz de determinar la responsabilidad si se consigue demostrar la existencia un nexo causal entre la falta de vigilancia y la materialización del daño. Queda por ver si la norma está en condiciones de rendir resultados satisfactorios desde la perspectiva de la prevención y la reparación a falta de una presunción de existencia del referido nexo causal, que exima a los afectados de su muy compleja prueba directa, como apunta la autora citada en la nota anterior, ps. 368 y 377.

<sup>172</sup> El Parlamento Europeo se ha pronunciado en este sentido tanto en su res. de 25/10/2016 sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (2015/2315(INI), párrs. 19 y 28), como en su resolución de 27/04/2017, sobre la iniciativa emblemática de la Unión en el sector de la confección —2016/2140(INI), párrs. 5 y 18—. En esta línea, dentro del Consejo de Europa, se sitúa la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los derechos humanos y las empresas —CN/Rec (2016) 3, párr. 20—.

*debida en materia de trabajo infantil* por el senado de los Países Bajos<sup>173</sup>. Y, sobre todo, del anuncio del compromiso de la Comisión Europea de impulsar una iniciativa legislativa relativa a las obligaciones de las empresas en materia de ambiental y de derechos humanos, realizado por el Comisario de Justicia de la Unión Europea Didier Reynders en abril de 2020. Un anuncio que se ha producido luego de la publicación de sendos estudios, encargados por la Comisión y el Parlamento Europeo, que subrayan el fracaso de las medidas voluntarias basadas en la creación de deberes de información y abogan por la creación de un mecanismo basado en la imposición de deberes de actuación diligente en materia ambiental y de derechos humanos para todo tipo de empresas y la previsión de mecanismos de reparación efectiva para las víctimas<sup>174</sup>.

Esta propuesta estará en condiciones de recibir un impulso decisivo en el marco del proceso de elaboración de un instrumento internacional vinculante dirigido a regular las obligaciones y responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos, que viene desarrollándose desde 2014 en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de consolidarse la propuesta, recogida en su segundo borrador revisado de dicho instrumento aprobado en la sexta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental constituido para su elaboración, de incluir el compromiso de los Estados de exigir a través de su legislación que todas las empresas situadas en sus territorios o sometidas a su jurisdicción respeten los derechos humanos y prevengan las violaciones o abusos de los derechos humanos todas en sus operaciones y actividades, incluyendo las de carácter transnacional<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> En tanto se encuentran en trámite otras iniciativas de parecido alcance, como la iniciativa popular suiza para empresas multinacionales, que será objeto de referéndum a finales de 2020. La aprobación de estas normas no está reñida, por lo demás, con el impulso de iniciativas basadas en la colaboración público-privada, dirigidas a promover las prácticas de debida diligencia empresarial en determinados sectores. Este es el caso de la también holandesa Dutch Agreement on Sustainable Garments and Textile y de la alemana Büdnis für Nachhaltige Textilien.

<sup>174</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, «Study on due diligence requirements through the Supply Chain. Final report» (enero de 2020) y «Parlamento Europeo, Human Rights Due Diligence Legislation. Options for the EU» (abril de 2020), Documentos disponibles en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en> y [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO\\_BRI\(2020\)603495\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf) (consultados el 24/10/2020).

<sup>175</sup> Vid. OEIGWG CHAIRMANSHIP SECOND REVISED DRAFT 06/08/2020, «Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises», disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf) (consultado el 24/10/2020).

## CONCLUSIÓN: EL AVANCE HACIA UN DERECHO TRANSNACIONAL DEL TRABAJO DE BASE HÍBRIDA Y REGULACIÓN MULTINIVEL

A la vista lo que hasta aquí ha sido expuesto, no puede ponerse en duda que la regulación del trabajo en las cadenas mundiales de suministro de las empresas multinacionales es en la actualidad, antes que una utopía, una realidad en pleno proceso de construcción<sup>176</sup>. Este proceso se manifiesta a través de un conjunto de dinámicas, técnicas e instrumentos de regulación, en parte novedosos y en parte conocidos, que son expresión de la emergencia de una nueva manera de concebir la protección de los derechos sociales dentro del espacio global, que coloca en el centro de su esfera de actuación a las propias multinacionales y el poder que expresan<sup>177</sup>, pero que intenta a la vez dotar de consistencia y coherencia a sus manifestaciones y convertir en exigible su ejercicio mediante su interacción con fórmulas de públicas de intervención y mecanismos de diálogo, participación y acuerdo con las instancias representativas de los sujetos implicados en estos procesos. Principalmente los trabajadores que desarrollan tareas ligadas a procesos productivos de dimensión transnacional y sus organizaciones sindicales.

El resultado es la progresiva afirmación de un *nuevo tipo mixto de gobernanza global del mundo del trabajo*, a medio camino entre lo privado y lo público o, mejor aún, expresión de una hasta hace no mucho tiempo insospechada mixtura o circularidad<sup>178</sup> que empieza a construirse entre ambos. Este es un nuevo tipo de gobernanza dentro del cual, ni las leyes nacionales, ni los tratados internacionales, ni los pactos o acuerdos colectivos desaparecen. Sin embargo, sus roles se ven modificados, en la medida en que su objetivo no es aquí tanto imponer reglas que deban ser aplicadas de manera inmediata y directa al interior de las redes mundiales de producción, sino tratar de encauzar en una determinada dirección y hacia ciertos objetivos el ejercicio del poder y la capacidad de influencia de dichas empresas. Esta evolución es expresión de la crisis en la que la globalización ha sumido a las tradicionales fórmulas de construcción del derecho del trabajo, de base esencialmente estatal incluso en lo que a la garantía de los estándares de protección internacional se refiere. Pero también de la emergencia, por efecto de ella, de nuevos poderes de fuente privada, como el que ostentan las multinacionales, dotados de una efectiva capacidad de impacto regulador a escala transnacional, a cuyo control y reconducción hacia objetivos compatibles con el interés general no puede, por supuesto, renunciarse.

<sup>176</sup> Como apunta RASO DELGUE, Juan, ob. cit., p. 86.

<sup>177</sup> VACARIE, Isabelle, ob. cit., p. 641.

<sup>178</sup> A la que alude BRINO, Vania, ob. cit., p. 24, pero respecto de las relaciones entre soft y hard law que el modelo emergente de regulación igualmente genera.

El *modelo de regulación multinivel* resultante, caracterizado por la concurrencia de múltiples actores, niveles y fórmulas de regulación alrededor de un mismo objeto<sup>179</sup>, está en condiciones de rendir resultados imposibles de alcanzar a través de uso aislado de sus distintos componentes, toda vez que su fuerza no radica en la capacidad reguladora de cada uno de ellos, sino en el resultado que se consigue a partir de la interconexión entre todos y las sinergias que esta genera.<sup>180</sup> Las experiencias desarrolladas en la última década permiten apreciar, en este sentido, cómo es posible enlazar o hibridar técnicas normativas diversas (normas internacionales, normas comunitarias, normas nacionales del país sede de la casa matriz y del país receptor de sus encargos, acuerdos marco internacionales suscritos con organizaciones sindicales internacionales y decisiones fruto del poder unilateral de las empresas multinacionales) para dar lugar a *sistemas integrados de regulación* dentro de los cuales las normas internacionales, y en particular los convenios de la OIT, representan el referente u horizonte normativo a alcanzar, las normas comunitarias y las leyes nacionales, la palanca que contribuye a impulsarlo, el poder unilateral de las empresas y las relaciones de naturaleza corporativa o contractual que mantienen con sus filiales y contratistas, los instrumentos que permiten hacerlo efectivo a escala transnacional y el acuerdo o la participación de los trabajadores a través de las organizaciones sindicales, tanto internacionales como locales y del país sede de la casa matriz, la herramienta que hace posible su aplicación eficaz y permite dotar de legitimidad a sus resultados. Este diseño es así expresión de la tendencia contemporánea a organizar las normas *en red*, en vez de hacerlo de forma piramidal<sup>181</sup>, con el propósito de dar lugar a resultados que contribuyan de forma real a su efectividad, poniendo con ello de manifiesto que lo importante en este ámbito no es tanto la coercitividad de cada instrumento por separado, sino la efectividad del resultado que a través de la interacción entre técnicas normativas de distinto signo puede ser alcanzado<sup>182</sup>.

Esta “combinación inteligente de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas— para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas”, de la que hablan los propios Principios Rectores de las Naciones Unidas<sup>183</sup>, es capaz, así pues, de dar lugar a procesos normativos de dimensión transnacional potencialmente eficaces y capaces de empezar a llenar los déficits de gobernanza generados por el despliegue de la economía global. Lo que no nos garantiza es su sostenibilidad económica. Por el contrario, las

<sup>179</sup> RODOTÀ, Stefano, ob. cit., p. 19-20. También SACHS, Tatiana, ob. cit., p. 382.

<sup>180</sup> SACHS, Tatiana, ob. cit.

<sup>181</sup> DAUGAREILH, Isabelle, “La ley...”, ob. cit., p. 365, con referencia a la ley francesa. Vid., ampliamente, OST, François – VAN DE KERCHOVE, Michel, “De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit”, FUSL, Bruselas, 2002, passim.

<sup>182</sup> Vid., destacando la misma idea, BRINO, Vania, ob. cit.

<sup>183</sup> En el comentario al Principio 3.

contradicciones en las que puede entrar respecto del modelo de negocio imperante en muchos sectores, basado en una aguda competencia entre las grandes multinacionales en materia de costes, plazos y calidad, pueden conducir a que sus resultados terminen siendo efímeros y superficiales si no vienen acompañados, como se ha dejado dicho, de una paralela estrategia de hibridación de esferas de actuación, que permita incorporar en los instrumentos y acciones de responsabilidad social de dichas empresas *cláusulas de contenido económico*, reguladoras de sus prácticas de compra, que aseguren la viabilidad de las condiciones de trabajo justo que se declara proteger también desde esta perspectiva.

Los pasos en esta dirección son incluso más difíciles de dar. El hecho de que existan ya experiencias e intentos de hacer realidad esta comprensión holística de la garantía de los derechos del trabajo en las cadenas mundiales de suministro nos alerta del surgimiento de una conciencia elemental en algunos sectores —precisamente los más afectados por ese sistema de competencia— en torno a la necesidad de acompañar las medidas de prevención de las prácticas laborales abusivas dentro de sus redes de proveedores y contratistas de decisiones que favorezcan una relación más estable y sostenible con ellos. Promover el trabajo decente adoptando decisiones económicas que lo hacen dudosamente realizable no es, sin embargo, solo una opción poco sostenible desde el punto de vista social y capaz de dar lugar a múltiples episodios contraproducentes para la reputación de estas empresas. Antes bien, aparece a todas luces como una práctica abiertamente opuesta a la debida diligencia que en materia de derechos humanos que ellas deben mantener. Parece claro, desde este punto de vista, que la mera imposición formal a los socios comerciales del respeto de una serie de derechos laborales básicos no es suficiente para dar por satisfecho este estándar elemental si viene acompañada de unas exigencias en materia de precios y plazos, así como de una falta de estabilidad de las relaciones comerciales, que lo impiden materialmente. Entonces, la propia política comercial de la compañía y sus prácticas de aprovisionamiento constituirán una fuente de riesgos para los derechos protegidos, que esta debería haber evitado. Y que es capaz de atraer las consecuencias derivadas de esa falta de diligencia, responsabilidades incluidas. La debida diligencia en materia de derechos humanos comprende, desde este punto de vista, el *acompañamiento económico y comercial de las condiciones sociales* exigidas a los proveedores. Y proscribe, por tanto, cualquier práctica comercial que ponga en cuestión su viabilidad. El bloque de instrumentos jurídicos de promoción y garantía de la debida diligencia empresarial está, así, en condiciones de operar como un instrumento al servicio de la sostenibilidad económica de los derechos protegidos, con lo que el círculo en torno a la garantía de un núcleo básico de condiciones laborales justas de trabajo en las cadenas mundiales de suministro de las empresas multinacionales está en condiciones de dibujarse con una cierta claridad.

Las piezas empiezan de tal modo a alinearse en torno a la construcción de un hasta hace no demasiado tiempo difícilmente concebible *derecho trans-*

*nacional del trabajo de base híbrida y regulación multinivel*<sup>184</sup>, fruto del convencimiento —social, político, sindical e incluso empresarial— en torno a la necesidad de una globalización jurídica que acompañe la dinámica de la globalización económica. Y cuyos componentes se van generando laboriosamente a lo largo del tiempo a partir de la interacción de diversas técnicas e instrumentos reguladores sobre el poder que ejercen las empresas multinacionales sobre sus redes globales de producción. Lo que queda por definir, a la vista de la insuficiencia de la mera tutela reputacional de las propias empresas, es si para avanzar en su edificación basta con la introducción de medidas promocionales, del tipo de la sanción de un deber de transparencia en cabeza de las empresas más importantes, como postula la línea prioritaria de intervención seguida hasta el momento por la Unión Europea, o es necesario dar algunos pasos más, desarrollando y perfeccionando el camino abierto por la ley francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y extendiéndolo a los demás países que son sede de empresas multinacionales, conforme postulan sus autores y se apunta en el primer diseño de instrumento jurídicamente vinculante dirigido a regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. E incluso si estos esfuerzos deben venir acompañados de una regulación más incisiva de la responsabilidad de estas empresas por el incumplimiento del deber de actuar con diligencia en materia de derechos humanos, que les exija aportar pruebas de que actuaron de manera adecuada a los efectos de prevenir o evitar la materialización de los riegos generados por las actividades asociadas a sus proyectos mundiales de negocio.<sup>185</sup>.

Por lo demás, no parece que la conveniencia de dar pasos adelante en la construcción de esta disciplina transnacional de las relaciones de trabajo sea puesta en cuestión por la crisis sanitaria global generada por la expansión del virus COVID-19 y su muy negativo impacto sobre las cadenas mundiales de producción de numerosos sectores, expresado en cancelaciones de pedidos, cierres de fábricas y despidos o suspensiones de grandes grupos de trabajadores. Considerar, a partir de esta constatación, que el futuro vendrá marcado por la desarticulación de estas cadenas o por un retorno a las fórmulas voluntarias de responsabilidad social, parece aventurado. Aunque seguramente aumentarán las presiones estatales en favor de la conservación en sus territorios de una

<sup>184</sup> Vid., desde diversas perspectivas, KOLBEN, Kevin, “Transnational private...”, ob. cit., *passim*; NADALET, Sylvian, ob. cit., ps. 672-673; OJEDA AVILÉS, Antonio, “Derecho transnacional del trabajo”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, ps. 24-25 y 37-39, y “Transnacionalidad...”, ob. cit., ps. 22-23; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los instrumentos...”, ob. cit., ps. 17-18; y SCARPONI, Stefania, “Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese trasnazionali”, Lavoro e Diritto, nro. 1, 2006, p. 151. Sobre el debate en torno a la naturaleza y alcances de este nuevo Derecho, vid. FROSECCHI, Giulia, “Percorso di lettura sul concetto di ‘diritto transnazionale del lavoro’”, Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, nro. 1, 2017, ps. 219-226.

<sup>185</sup> Como postula DAUGAREILH, Isabelle, “La ley...”, ob. cit., p. 377.

mayor capacidad productiva, si no con carácter general al menos tratándose de determinadas actividades, no resulta probable que esto conduzca a una renacionalización de los procesos de producción. De igual modo, los avances dados en la configuración de las fórmulas de garantía de los derechos sociales a nivel global son a estas alturas lo suficientemente consistentes como para considerar muy incierto su abandono. Antes bien, es probable que el actual estado de cosas sirva para alertar sobre la necesidad de construir cadenas de suministro menos frágiles y más sostenibles desde el punto de vista económico y social, abriendo un espacio mayor para la introducción de compromisos en esta dirección. La suscripción a instancias de la OIT del *Acuerdo Global COVID-19: Acción en la industria Mundial de la Confección*<sup>186</sup>, promovido por la OIT, constituye una primera y muy importante manifestación de esta tendencia, que se ha visto acompañada de otras de similar alcance, como se ha puesto de manifiesto antes.

De continuararse con este proceso, el sueño que inspiró la construcción de la OIT y los valores que esta encarna estaría en condiciones de encontrar una, hasta cierto punto inesperada, fórmula de plasmación dentro de la economía global. Por supuesto, no hay nada que garantice que esto termine siendo así. Si algo nos permite tener en claro la era postmoderna en la que nos ha tocado vivir es que no existe fuerza alguna que guíe el sentido de la historia en una determinada dirección. Solo la experimentación social y política, imaginativa y reformista, basada en pruebas y errores y en la estrategia de un paso adelante y dos pasos atrás que se encuentra en la base de las grandes transformaciones sociales y jurídicas experimentadas en nuestras democracias a partir de la revolución francesa<sup>187</sup>, y que empieza a materializarse en este ámbito de la mano de importantes fuerzas sociales y políticas, podrá finalmente conducirnos a este resultado.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANNER, Mark – BAIR, Jennifer – BLASIT, Jeremy, “Toward Joint Liability in global Supply Chains: addressing the root causes of Labor Violations in International Subcontracting Networks”, *Comparative law and Policy Journal*, nro. 1, 2013, ps. 1-44.
- BANO, Fabrizio, “Sovranità regolativa e subordinazione del diritto del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, nro. 1, 2017, ps. 15-36.
- BARRAUD DE LAGERIE, Pauline, “L’audit social: vers une privatisation de l’inspection du travail”, en DAUGAREILH, Isabelle (dir.), *La respon-*

<sup>186</sup> Vid. “COVID-19: Action in the Global Garment Industry”, disponible en [https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS\\_742343/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS_742343/lang--en/index.htm) (consultado el 24/10/2020).

<sup>187</sup> Según la describe RORTY, Richard, “Los intelectuales y el fin del socialismo”, en RORTY, Richard, *Pragmatismo y política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998, p. 66.

- sabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation?*, Bruylant, Bruselas, 2017, ps. 257-278.
- BAYLOS GRAU, Antonio P., “La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales”, en MONEREO PÉREZ, Juan L. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Ed. Comares, Granada, 2018.
- BOIX LLUCH, Isidor, “Por un sindicalismo europeo que asuma su dimensión global”, *Gaceta Sindical*, nro. 18, 2012, ps. 299-314.
- “Intervención sindical en la cadena de valor de las empresas multinacionales para una eficaz aplicación de los compromisos de RSE: la experiencia de Inditex”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales*, Cinca, Madrid, 2015, ps. 117-128.
- BOIX LLUCH, Isidor – GARRIDO SOTOMAYOR, Víctor, “Proyecto ACT. Impulso global, sindical y empresarial, de negociación colectiva local”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo – VIVERO SERRANO, Juan Bautista (dirs.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada, 2019, ps. 389-401.
- “Balance sindical de los 10 años del Acuerdo Marco Global con Inditex”, 2017, disponible en: <http://www.industria.ccoo.es/5ffa04a491584d076248dacd7957aeac000060.pdf> (consultado el 30/09/2018).
- BRINO, Vania, “Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi 'esperimenti' regolativi”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, nro. 1, 2018.
- BRINO, Vania – GRAGNOLI, Enrico, “Le imprese multinazionali e il rapporto di lavoro”, *Revista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, nro. 2, 2018, ps. 209-219.
- BROGHI, Vando – DORIGATTI, Lisa – GRECO, Lidia, “Il lavoro e le catene globali del valore”, Ediesse, Roma, 2017.
- CES, “El futuro del trabajo (Informe)”, Madrid, 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, “Study on due diligence requirements through the supply Chain. Final report” (enero de 2020) y “Parlamento Europeo, Human Rights Due Diligence Legislation. Options for the EU” (abril de 2020), Documentos disponibles en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en> y [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO\\_BRI\(2020\)603495\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf) (consultados el 24/10/2020).
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, “Trabajar para un futuro más prometedor (Informe)”, Ginebra, 2019.
- “COVID-19: Action in the Global Garment Industry”, disponible en [https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS\\_742343/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS_742343/lang--en/index.htm) (consultado el 24/10/2020).

DAUGAREILH, Isabelle, “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nro. 27, 2009, ps. 77-106.

— “Introduction”, en DAUGAREILH, Isabelle (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation?*, Bruylant, Bruselas, 2017.

— “La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo – VIVERO SERRANO, Juan Bautista (dirs.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada, 2019, ps. 369-387.

Declaración conjunta de Industria de Diseño Textil, S.A. e IndustriALL Global Union, “Inditex e IndustriALL refuerzan su duradera cooperación para apoyar la recuperación de la industria mundial de la confección durante la crisis Covid-19”, Arteixo y Ginebra, 04/08/2020, disponible en [https://www.inditex.com/documents/10279/653009/Declaraci%C3%B3n+conjunta+de+Inditex+e+IndustriALL+Global+Union\\_ES.pdf/3110d786-d427-7cc4-56f6-4696a9426b73](https://www.inditex.com/documents/10279/653009/Declaraci%C3%B3n+conjunta+de+Inditex+e+IndustriALL+Global+Union_ES.pdf/3110d786-d427-7cc4-56f6-4696a9426b73) (consultado el 24/10/2020).

DEVA, Surya, “Corporate Human Rights Abuses and International Law: Brief Comments”, 21/04/2015, disponible en <https://www.escri-net.org/news/2015/corporate-human-rights-abuses-and-international-law-brief-comments> (consultado el 30/12/2018).

FOCARELLI, Carlo, “Economia globale e diritto internazionale”, Il Mulino, Bologna, 2016.

FROSECCHI, Giulia, “Percorso di lettura sul concetto di diritto transnazionale del lavoro”, *Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, nro. 1, 2017, ps. 219-226.

GALGANO, Francesco, “La globalizzazione nello specchio del diritto”, Il Mulino, Bologna, 2005.

GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, Antonio – TER HAAR, Beryl – KUN, Attila, “Dúctil en el interior, fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de Derecho Laboral Internacional”, *Temas Laborales*, nro. 13, 2012, ps. 13-48.

GARRIDO SOTOMAYOR, Víctor, “Bangladesh-2019. Actualización de la situación del Accord, después de su renovación)”, disponible en <https://industria.ccoo.es/8565f06360a77176c9b710bbcd69b25000060.pdf> (consultado el 27/10/2020).

GEREFFI, Gary – HUMPREY, John – STURGEON, Timothy, “The Governance of Global Value Chains”, *Review of International Political Economy*, nro. 12, 2005, 78-104.

GEREFFI, Gary – KORZENIEWICZ, Miguel (eds.), “Commodity Chains and Global Capitalism”, Praeger, Westport, 1994.

- GEREFFI, Gary – MAYER, Frederick, “Globalization and the Demand of Governance”, *The New offshoring of jobs and global development*, OIT, Ginebra, 2006.
- GRECO, Lidia, “Capitalismo e sviluppo nelle catene globali del valore”, Carrocci, Roma, 2018.
- GREGORIATI, Catia – MILLER, Doug, “International Framework Agreements for Workers' Rights? Insights from River Rich Cambodia”, *Global Labour Journal*, nro. 2, 2011, ps. 84-105.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derecho humanos”, *Lex Social*, nro. 2, 2018, ps. 216-250.
- HENDRIKX, Frank – MARX, Axel – RYAP, Glenn – WOLTERS, Jan, “La arquitectura de la gobernanza mundial del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, nro. 3, 22/12/2016, ps. 365-383.
- HEPPLE, Bob, “Does Law Matter? The future of binding norms”, en POLITAKIS, George (ed.), *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*, OIT, Ginebra, 2007, ps. 221-235.
- JUSTICE, Dwight, “El concepto de responsabilidad social de las empresas: desafíos y oportunidades para los sindicatos”, *Educación Obrera*, nro. 130, 2003, ps. 1-16.
- KOLBEN, Kevin, “Transnational Labor Regulation and the Limits of Governance”, *Theoretical Inquires in Law*, vol. 2, 2011, ps. 403-437.
- “Transnational private labour regulation, consumer-citizenship and the consumer imaginary”, en BLACKET, Adelle – TREBILCOC, Anne (eds.), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, E. Elgar Publishing, 2015, ps. 361-373.
- “Dialogic Labor Regulation in the Global Supply Chain”, *Michigan Journal of International Law*, nro. 3, 2015, ps. 425-465.
- “A Supply Chain Approach to Trade and Labor Provisions”, *Politics and Governance*, nro. 4, 2017, ps. 60-68.
- LOCKE, Richard, “The Promise and Limits of Private Power”, Cambridge University Press, New York, 2013.
- LOEWE, Boris, “Etude sphère d'influence versus due diligence”, 2010, ps. 3-6, disponible en [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1\\_2PESP\\_1\\_Etude\\_sphère\\_dinfluence\\_versus\\_due\\_diligence\\_cle874ee9.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_1_Etude_sphère_dinfluence_versus_due_diligence_cle874ee9.pdf) (consultado el 01/02/2018).
- LYON-CAEN, Antoine, “Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionale”, *Rivista Giuridica del Lavoro e de della Previdenza Sociale*, nro. 2, 2018, ps. 240-249.
- MAC CIONNAITH, Sophie, “Le concept de 'sphère d'influence': de nouvelles obligations pour l'entreprise”, Université Toulouse 1, Tolouse, 2016.

- MARTIN-CHEMUT, Katia, “Devoir de vigilance: internormativités et durcissement de la RSE”, *Droit Social*, nro. 10, 2017, ps. 798-805.
- MARX, Axel – WOLTERS, Jan, “Reforzar el control en sistemas de regulación privada del trabajo. Potencial y perspectivas”, *Revista Internacional del Trabajo*, nro. 3, 2016, ps. 469-495.
- MAUPAN, Francis, “L’OIT à l’épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?”, OIT, Ginebra, 2012.
- “Recensión a A. SUPIOT (dir.), L’entreprise dans un monde sans frontières”, *Revista Internacional del Trabajo*, nro. 2, 2015, ps. 295-300.
- “Myanmar during the COVID-19 Crisis: Working together to Protect the Health and Welfare of Workers and supporting the payment of Workers and Factories”, disponible en <https://actonlivingwages.com/wp-content/uploads/2020/05/Final-joint-statement-brands-employers-union-on-Covid-Myanmar.pdf> (consultado el 24/10/2020).
- MONEREO PÉREZ, José L. – LÓPEZ INSÚA, Belén del Mar, “La garantía internacional del derecho a un ‘trabajo decente’”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nro. 177, 2015, ps. 27-72.
- NADALET, Sylvian, “Le dinamique delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, nro. 4, 2005, ps. 671-706.
- OEIGWG CHAIRMANSHIP SECOND REVISED DRAFT 06/08/2020, “Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises”, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf) (consultado el 24/10/2020).
- OIT, “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro (Informe)”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.
- “Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”, Ginebra, 2017.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, “Derecho Transnacional del Trabajo”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Transnacionalidad, globalización e internacionalización. Tres enfoques distintos pero complementarios”, *Trabajo y Derecho*, nro. 43-44, julio-agosto de 2018, ps. 15-31.
- OST, François – VAN DE KERCHOVE, Michel, “De la pyramide au réseau? Pour una théorie dialectique du droit”, FUSL, Bruselas, 2002.
- “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, Documento A/HRC/17/31, cuyo marco conceptual fue definido en 2008 por el informe “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos” (Documento A/HRC/8/5).
- RAMONET, Ignacio, “Géopolitique du chaos”, Gallimard, París, 1999.

- RASO DELGUE, Juan, “Nuevos caracteres de las relaciones laborales en las cadenas mundiales de suministro”, en MONEREO PÉREZ, José L. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Ed. Comares, Granada, 2018, ps. 73-96.
- RODOTÀ, Stefano, “Códigos de conducta. Entre *hard law* y *soft law*”, en REAL PÉREZ, Alicia (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, ps. 19-30.
- RORTY, Richard, “Los intelectuales y el fin del socialismo”, en RORTY, Richard, *Pragmatismo y política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- SALES I CAMPOS, Albert, “Guía para vestir sin trabajo esclavo”, Ed. Icaria, Madrid, 2013.
- SERVAIS, Jean-Michel, “Trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Relaciones Laborales*, 2012, nro. 15.
- “Les normes de l'OIT au XXI siècle: légitimité et effectivité”, en DAUGAREILH, Isabelle (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation?*, Bruylant, Bruselas, 2017, ps. 433-459.
- SACHS, Tatiana, “La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre: les ingrédients d'une corégulation”, *Revue du Droit du Travail*, jun. 2017, ps. 380-390.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo – GARCÍA LANDABURU, María Katia, “La participación sindical en el control de las cadenas de producción de las empresas multinacionales: entre la utopía y la realidad”, en MONEREO PÉREZ, José L. (dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Ed. Comares, Granada, 2018, ps. 97-114.
- SANGUINETI, Wilfredo – GARCÍA LANDABURU, María Katia – VIVAS PONCE, Milagros, “Empresas multinacionales, responsabilidad social y derechos laborales en el Perú. La experiencia de Topy Top”, CICAJ-PUCP, Lima, 2013.
- SCARPONI, Stefania, “Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese trasnazionali”, *Lavoro e Diritto*, nro. 1, 2006, ps. 65-82.
- SOLER ARREBOLA, José A., “Nuevas tendencias en los acuerdos marco internacionales: el acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (dir.), *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Ed. Cinca, Madrid, ps. 97-114.
- SOMAVÍA, Juan, “Trabajo decente”, Informe del director general a la 87<sup>a</sup> Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.
- SUPIOT, Alain, “¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?”, *Laborem*, nro. 18, 2016, ps. 19-42.
- VACARIE, Isabelle, “Le travail dans un marché sans frontières”, *Revue du Droit du Travail*, nro. 10, 2015, ps. 634-641.

LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO

DEL TRABAJO SIN FRONTERAS

WILFREDO SANGUINETTI RAYMOND

VALTICOS, Nicolas, “Derecho internacional del trabajo”, Ed. Tecnos, Madrid, 1977.

Recepción: 18/04/2021.

Aceptación: 26/05/2021.

# EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

Por ARTURO S. BRONSTEIN \*

## **Resumen:**

*Pocos países o quizá ninguno ha experimentado una transformación tan rápida de su economía como lo hizo la República Popular China (RPC) desde que en 1978 su entonces líder Deng Xiaoping sentó las bases para que un atrasado país, predominantemente rural y con una economía centralmente planificada evolucionara hacia lo que es hoy la segunda economía del planeta, y con ambiciones de ser la primera en unos pocos años más. No obstante, es una idea bastante corriente que este impresionante crecimiento económico se ha hecho sobre los hombros de una inmensa masa de trabajadores mal pagados, desprovistos de todo derecho y sometidos a una explotación despiadada. Sin embargo, la realidad es mucho más matizada: junto con el crecimiento económico, las reformas emprendidas por Deng y sus sucesores también abarcaron a las instituciones chinas. Dentro de ellas figuran cambios radicales que incursionaron en su Derecho del Trabajo, los que se instrumentaron en etapas sucesivas entre la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI, en ambos casos con un sentido protector del trabajador individual. Resta que de las reformas en materia de derechos colectivos no han seguido pautas comparables, como también que el incumplimiento de la ley constituye una patología bien notoria en la RPC, con el efecto de un notable aumento de la conflictividad. En resumen, nos encontramos aquí con un panorama bien complejo, a cuya presentación está dedicado este artículo.*

## **Palabras clave:**

*Mao Zedong, Deng Xiaoping, economía socialista de mercado, trabajadores migrantes, contrato de trabajo, conflictos colectivos de trabajo, huelgas.*

\* Exsecretario general de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2001-2012); académico de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## THE NEW LABOR LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

### **Abstract:**

*Few or perhaps none country have undergone as a rapid transformation of their economy as the People's Republic of China (PRC) has since its then-leader Deng Xiaoping in 1978 laid the groundwork for a backward, predominantly rural country with a centrally planned economy to evolve into what is now the second largest economy on the planet, and with ambitions to be the first one in a few more years. However, it is a rather common idea that this impressive economic growth has been made on the shoulders of an immense mass of low-paid workers, deprived of all rights and subjected to ruthless exploitation. Yet the reality is much more nuanced: Along with economic growth, the reforms undertaken by Deng and his successors also targeted at Chinese institutions. These included radical changes in the Labour Law, which were implemented in successive stages between the last decade of the 20th Century and the first of the 21st Century, in both cases with a view to protecting the individual worker. It remains that, first, Collective Labour Law reforms have not followed comparable guidelines, and secondly that non-compliance with the law constitutes a well-known pathology in the PRC, with the effect of a marked increase in conflict. In short, we find here a very contradictory panorama to which this article is dedicated.*

### **Keywords:**

*Mao Zedong, Deng Xiaoping, socialist market economy, labour migrations, contract of employment, collective labour disputes, strikes.*

## INTRODUCCIÓN

Pocos países o quizá ninguno han experimentado una transformación tan rápida de sus estructuras económicas, sin hablar de sus estructuras sociales, como lo hizo la República Popular China (en adelante, RPC) desde que en 1978 su entonces líder Deng Xiaoping sentó las bases para que un atrasado país, predominantemente rural y con una economía centralmente planificada evolucionara hacia lo que es hoy la segunda economía del planeta (y quizá llegará a ser la primera por su PBI en unos pocos años más). Es además una de las primeras potencias mundiales en el campo industrial, científico y tecnológico.

Es claro que este cambio no ha sido solamente económico sino también institucional y sin ninguna duda igualmente cultural y desde luego demográfico, como veremos más adelante. En un brevíssimo período de tiempo la RPC rompió con una tradición secular de aislamiento y se abrió a la economía de mercado aún con características propias, tarea para la cual se dotó de instituciones que en gran medida son comparables a las de cualquier economía occidental. Sin embargo —y en esto se basa buena parte de su singularidad—, al propio tiempo conservó en lo político los rasgos típicos de una dictadura comunista: partido

único, sindicato único subordinado al Partido Comunista de China (PCC), férreo control de los medios de información pública y persecución de cualquier forma de disidencia, inclusive religiosa. Es dentro de este contexto que ofrecemos aquí un rápido panorama de la manera en que han evolucionado su legislación laboral y sus relaciones colectivas de trabajo.

Esta tarea requiere ante todo que nos despojemos de ciertos prejuicios, y en primer lugar de aquel que consiste en creer que los éxitos económicos de la RPC tienen como contracara la explotación de sus trabajadores, desprovistos de todo derecho y sometidos a degradantes condiciones de trabajo por míseros salarios. Esta idea es solo parcialmente cierta, pues aquí las generalizaciones pueden llevarnos a engaño. La verdad es que en la fuerza laboral de la RPC coexisten colectivos de trabajadores con miserables condiciones de vida y de trabajo junto con otros que se benefician de mejores salarios y gozan de derechos (al menos individuales) que no han cesado de mejorar desde que la RPC se abrió al mundo exterior y comenzó a competir no solo en el mercado de la producción masiva de bienes de baja calidad sino también en el de la más alta tecnología. La migración rural-urbana y en particular la supervivencia del aún no extinguido sistema de registro *hukou* se encuentran en el origen de esta dualidad, fenómeno que también se abordará en este trabajo, y a eso vamos.

## 1. CONTEXTO ECONÓMICO Y SOCIAL

La RPC es el país más poblado del mundo (1400 millones de habitantes aproximadamente) y el tercero en extensión (9,5 millones de km cuadrados), solo por detrás de la Federación Rusa y Canadá. A principios de 2012, la población económicamente activa era de 788,94 millones de los cuales 767,04 millones tenían un empleo y 359 millones de ellos un empleo en zonas urbanas<sup>1</sup>. Cada año aproximadamente 10 millones de nuevos participantes entran en el mercado laboral, que simultáneamente debe acomodar entre 8 y 10 millones de desempleados. Los trabajadores migrantes rurales y urbanos ascienden a 250 millones<sup>2</sup>.

Como lo recuerda el Preámbulo de su Constitución, la RPC es “una de las civilizaciones de más larga historia del mundo”, en algunos aspectos vieja de cuatro mil años y consolidada como un imperio ya en el siglo tercero antes de nuestra era bajo la dinastía Qin, a quien se atribuye la construcción de la Gran Muralla, sin duda el símbolo más emblemático de la milenaria China imperial, pero también de la China actual. A lo largo de una turbulenta historia conoció períodos de esplendor como también de decadencia, se consolidó como estado

<sup>1</sup> “China: economically active population vs. number of employed persons”, Statista.

<sup>2</sup> CASALE, Giuseppe – ZHU, Changyou, “Labour administration reforms in China”, OIT, Ginebra, 2013, disponible en [https://www.ilo.org/labadmin/info/pubs/WCMS\\_224430/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/labadmin/info/pubs/WCMS_224430/lang-en/index.htm) (consultado el 13/04/2021).

centralizado como también se desagregó en múltiples feudos, sufrió catástrofes naturales, hambrunas, invasiones, ocupaciones territoriales y fue víctima en el siglo XIX de un desvergonzado saqueo por parte de las dos principales potencias europeas de la época: Francia e Inglaterra, para resurgir en los dos últimos decenios del siglo XX y más aún en este siglo XXI como la economía más dinámica del planeta.

## 2. HITOS HISTÓRICOS

En una apretadísima síntesis, podríamos distinguir los siguientes grandes hitos históricos, cada uno de los cuales dejó huellas indelebles en el estado y la sociedad chinos: el primero de ellos corresponde a la China imperial, que convencionalmente se atribuye a la dinastía Qin (221 a.C.-206 a.C.) en adelante [a no confundir con la dinastía Qing o dinastía Manchú (1644-1912) que fue la última dinastía imperial]. Si bien en siglos (y milenios) precedentes existieron dinastías anteriores a la dinastía Qin fue durante esta última que se consolidó y centralizó el poder imperial y se desarrolló una tradición de funcionarios de carrera seleccionados por sus méritos (mandarines), a quienes se confió la tarea de administrar el imperio.

El siguiente hito fue el de la proclamación de la República, en 1912 bajo la conducción del Partido Nacionalista Chino (*Kuomintang*) con el liderazgo del Dr. Sun Yat-Sen. Este período fue singularmente turbulento y trágico, durante el cual China sufrió la invasión japonesa de 1937, dando origen a una larga guerra en la que el Partido Nacionalista (*Kuomintang*), bajo el liderazgo del mariscal Chiang Kai-shek y el Partido Comunista de Mao Zedong (PCC), hasta entonces enemigos, unieron fuerzas contra el invasor japonés, que solamente se rindió en septiembre de 1945. A esto siguió la guerra civil entre comunistas y nacionalistas, que concluyó con la victoria de los primeros en 1949 y la consagración de Mao Zedong como líder indiscutido de China continental, mientras que Chiang Kai-shek y sus seguidores se refugiaban en la vecina isla de Taiwán. Mao Zedong dio por fundada la República Popular de China e implantó un régimen comunista.

Siguió a esto un período de casi 30 años (1949-1976) durante el cual Mao Zedong estableció un régimen autocrático e introdujo una vasta lista de medidas extremas destinadas a implantar una sociedad comunista y a exterminar literalmente cualquier forma de pensamiento distinto del suyo. Como primer paso tuvo lugar la confiscación de la tierra y su redistribución a la enorme masa de campesinos pobres, mientras que los antiguos propietarios fueron perseguidos, deportados e inclusive ejecutados por el nuevo poder. Años después, en 1958, Mao lanzó la campaña conocida como el *Gran Salto Adelante*, durante la cual se establecieron *comunas colectivas* con el fin de promover la industrialización del país y la colectivización de las tierras. Una faceta central del *Gran Salto Adelante* fue la industrialización rural: una gran parte de la producción

industrial se dejó en el nivel local quedando confiada al trabajo de campesinos reagrupados en unidades colectivas con poca o ninguna experiencia del trabajo industrial. Sus resultados fueron desastrosos pues se tradujeron en la fuerte caída de la producción de alimentos a falta de trabajadores agrícolas requisados para la industria mientras que la industrialización fracasó por la pésima calidad de la industria pesada. *El Gran Salto Adelante* provocó un desastre humanitario de gigantescas proporciones pues se estima que en este período murieron no menos de 40 millones de personas, principalmente de hambre, episodio que es conocido como la *Gran Hambruna*.

El fracaso de estas políticas condujo al debilitamiento de la figura de Mao y a su desplazamiento del poder por algún tiempo, algo que logró contraatacar mediante el lanzamiento en 1966 de la *Revolución Cultural* bajo el alegato de que el PCC y la sociedad china en su conjunto estaban infiltrados por elementos contrarrevolucionarios. Mao convocó a una immense milicia fanatizada, los Guardias Rojos, compuesta mayormente por adolescentes, quienes implantaron un régimen de terror “horizontal” pues tuvo como víctimas a personas de prácticamente todos los estratos económicos, sociales y culturales, incluyendo a miembros y cuadros del PCC que a su juicio no eran “suficientemente revolucionarios” o sospechosos de ser “burgueses”. Los Guardias Rojos actuaron con total discrecionalidad y poco o ningún control. Sus acciones condujeron a la anarquía y el terror, ya que millones de individuos “sospechosos”—tradicionalistas, educadores e intelectuales, por ejemplo—fueron perseguidos, encarcelados, sometidos a trabajo forzoso y tratos inhumanos en “campos de reeducación” y muchas veces asesinados, los establecimientos educativos fueron cerrados o perdieron sus mejores educadores, todo lo que inevitablemente se tradujo en el descalabro de la economía sin hablar de la sociedad en su conjunto. Durante los años de la Revolución Cultural el sistema jurídico dejó prácticamente de existir en la medida en que las fuentes de derecho existentes fueron dejadas de lado en beneficio del “pensamiento de Mao” expresado en su *Libro Rojo* en el que se consignaban sus sentencias y enseñanzas. En ausencia de fuentes indiscutibles es difícil cuantificar el número de víctimas de la Revolución Cultural pero no hay dudas de que se cuentan por millones, sin hablar de la pérdida, la destrucción y el pillaje de bienes culturales de incalculable valor, muchos de los cuales terminaron en manos de colecciónistas privados de Europa y América del Norte. Quizá no es desacertado pensar que lejos de haber fortalecido al comunismo la tragedia que significó la Revolución Cultural tuvo paradójicamente el efecto inverso, es decir que condujo a que la RPC virase hacia la economía de mercado poco tiempo después del fallecimiento de Mao en 1976.

El cuarto y último hito de la historia china es el de la transformación del país luego de la muerte de Mao, y con mayor exactitud a partir de 1978, con el advenimiento al poder de Deng Xiaoping, quien había caído en desgracia durante la Revolución Cultural mas fue ulteriormente rehabilitado, cayó una vez más en desgracia luego de la muerte de Mao y una segunda vez fue rehabilitado. Este

período fue y sigue siendo uno de los más fascinantes de la historia de China pues en unos pocos años se llevó a cabo un proceso de transformación que la llevó de ser un país pobre, atrasado, predominantemente rural y de ortodoxia comunista a lo que es hoy una superpotencia económica, industrial, científica y tecnológica, con una economía de mercado, es cierto que con características *sui generis*. Sus dirigentes la tipifican como una *economía socialista de mercado*, término que parece contradictorio, pero refleja bien uno de los grandes rasgos de la cultura china, que es la relación estrecha que se hace del presente con el pasado. Muestra de ello es que la propia figura de un dictador sangriento como Mao es políticamente reverenciada al punto que en el Preámbulo de la Constitución de China se formula una advocación “al liderazgo del Partido Comunista de China, la guía del marxismo leninismo y el pensamiento de Mao Zedong”. Tal vez por la misma razón los historiógrafos oficiales de la RPC nunca han cuestionado abiertamente la responsabilidad de Mao en las tragedias que sufrió la RPC bajo su liderazgo.

### 3. TRÁNSITO HACIA LA ECONOMÍA SOCIALISTA DE MERCADO

El tránsito de la RPC de una economía centralmente planificada a una *economía socialista de mercado con características chinas* no ha sido producto de un proceso impulsado por una presión “de abajo hacia arriba” sino de una decisión política de las más altas esferas de la conducción del PCC. Este proceso comenzó en el año 1978 y continúa aún hoy. Su punto de partida fueron las reformas introducidas por Deng Xiaoping a partir de 1978, que en lo esencial tuvieron cuatro ejes conocidos como las *cuatro modernizaciones*, a saber: a) modernización de la agricultura, para lo que se abandonó la colectivización, b) modernización de la industria, que implicó la apertura económica, la creación de empresas privadas y mixtas, la creación de *zonas económicas especiales*, la fijación de precios por el mercado y la libertad para fijar salarios, contratar y despedir trabajadores, c) la modernización de la defensa nacional mediante el fortalecimiento de las fuerzas armadas, d) el avance de la ciencia y la tecnología, tarea que se tradujo por un esfuerzo muy grande para mejorar el sistema educativo y la investigación científica y técnica. Todo ello fue enmarcado por una reformulación del sistema legal chino con el objeto, entre otros, de ofrecer seguridad jurídica a los inversores privados, tanto locales como extranjeros, lo que pavimentó el camino para el acceso de la RPC a la Organización Mundial del Comercio, en el año 2001. La única modernización que no se encaró fue la del sistema político ni mucho menos la democracia y el respeto de los derechos humanos, como lo atestigua la brutal represión de la protesta estudiantil en la plaza Tiananmén en 1989 o, mucho más recientemente, el encarcelamiento de opositores, o aún más simplemente, las restricciones impuestas al acceso a internet y a las redes sociales. Tampoco se debe ignorar que el espectacular

crecimiento económico que ha conocido la RPC no ha impedido que existan grandes desigualdades regionales, no menos importantes desigualdades entre las poblaciones rurales y las urbanas, y se ha hecho al costo de muy graves daños ambientales pues China, junto con los Estados Unidos, son los dos mayores contribuyentes a la contaminación mundial. China, anteriormente una de las sociedades más igualitarias del mundo, se ha convertido en los últimos 30 años en una de las sociedades más desiguales. En 2005, el coeficiente de Gini chino alcanzó el 0,46, superando a la India y Filipinas que eran conocidas por sus grados extremos de distribución desigual de ingresos. Según el Banco Asiático de Desarrollo, la desigualdad ha ido creciendo más rápido en China que en la mayoría de los demás países en desarrollo y también ha crecido entre las diferentes regiones dentro mismo de la RPC<sup>3</sup>. Aún dentro de las áreas urbanas que han conocido el mayor crecimiento es palpable la desigualdad de derechos y condiciones de vida y de trabajo de quienes ostentan un registro *hukou* rural con aquellos con registro de *hukou* urbano (o más recientemente entre *hukou* local y no local). A ello nos referiremos más adelante.

#### 4. MARCO INSTITUCIONAL

Desde la accesión del PCC al poder, en 1949, la República Popular China adoptó constituciones en 1954, 1975, 1978 y 1982. Esta última, hoy vigente, consta de un Preámbulo y 138 artículos repartidos en cuatro capítulos: principios generales; derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos; estructura del Estado; bandera, escudo e himnos nacionales y capital. Desde su adopción fue objeto de enmiendas en 1988, 1993, 1999, 2004 y 2018. En su Preámbulo afirma “el liderazgo del Partido Comunista de China y la guía del marxismo-leninismo, el pensamiento de Mao Zedong, y la teoría de Deng Xiaoping”, a lo que la enmienda de 2018 agregó “el pensamiento de Xi Jinping sobre el socialismo con características chinas para una nueva era”, etcétera.

En cuanto a la organización política, el artículo primero define a la República Popular China “como un Estado socialista bajo la dictadura democrática del pueblo liderada por la clase trabajadora y basada en la alianza de trabajadores y campesinos. El sistema socialista es el sistema básico de la República Popular China”.

La RPC es un estado unitario con un régimen en la práctica de partido único, el PCC. Existen otros partidos, pero estos son de hecho testimoniales. La estructura territorial está integrada por veintidós provincias, cinco regiones autónomas, cuatro municipios bajo jurisdicción central (Beijing, Shanghái, Tianjin y Choinqing) y dos *regiones administrativas especiales* (Hong Kong

<sup>3</sup> LEE, Chang-Hee, “Industrial Relations and Collective Bargaining in China”, OIT, Ginebra 2009, disponible en <http://apskills.ilo.org/industrial-relations/resources/industrial-relations-and-collective-bargaining-in-china> (consultado el 13/04/2021).

y Macao). El rasgo esencial de esta organización consiste en que la RPC es un estado con fuerte centralización política y al mismo tiempo con una amplia descentralización administrativa y también reglamentaria. Un importante rasgo institucional de la RPC consiste en que el gobierno central a través de sus órganos legislativos o sus poderes reglamentarios proporciona un amplio marco de referencia mientras que las autoridades locales diseñan sus propias leyes y reglamentos inspirados en los modelos nacionales.

Mención aparte merece el régimen jurídico aplicable en las zonas administrativas especiales de Hong Kong y Macao, que al ser devueltas a la RPC respectivamente en 1997 y 1999 mantuvieron la legislación de las antiguas administraciones, británica y portuguesa respectivamente. Esto incluye los convenios de OIT que aquellas administraciones habían declarado aplicables en los respectivos territorios antes de su retrocesión. Muy notablemente allí son aplicables tanto los convenios en materia de libertad sindical y negociación colectiva (nros. 87 y 98, respectivamente) como en materia de trabajo forzoso (nros. 29 y 105), que no lo son en China continental.

La Asamblea (o Congreso) Popular Nacional (APN) es el órgano legislativo supremo. Está integrada por aproximadamente 3000 diputados y se reúne una vez por año, pero la mayor parte de sus poderes se delegan a un Comité Permanente compuesto por aproximadamente 175 diputados. El PCC mantiene un control estricto sobre ambos órganos, quienes en la práctica aprueban todos los proyectos de actos legislativos que aquel les somete, aun cuando no necesariamente por unanimidad. Además de sus funciones legislativas la APN tiene el poder de enmendar la Constitución y el de elegir o eventualmente destituir al presidente y el vicepresidente de la RPC, como también al primer ministro y otros funcionarios del Consejo de Estado, que es el órgano de Gobierno de la RPC. También elige al presidente, los vicepresidentes, el secretario general y otros miembros de su Comité Permanente. Tanto el mandato de los diputados como el de los altos funcionarios que elige la APN lo son por un período de cinco años. Hasta el año 2017 el presidente de la RPC podía ser reelegido solo por un segundo período de cinco años, pero en virtud de una enmienda en vigor desde 2018 ya no existe límite para la reelección. Quedan pocas dudas de que esta enmienda fue adoptada para permitir la reelección indefinida del presidente Xi Jinping.

Los dos rasgos principales del sistema de justicia chino<sup>4</sup> son la doble instancia y el panel colegiado, excepto para los casos civiles simples y los casos penales menores de primera instancia, que son decididos por juez único. El Poder Judicial es ejercido por la Corte Popular Suprema, las cortes populares locales, las cortes militares y otras cortes especializadas (arts. 123 y ss. de la Constitución). Existen unas 3000 cortes básicas al nivel de los distritos muní-

<sup>4</sup> GAROT, Marie-José, “The Judiciary in China: Independent and Effective?” InDret, vol. 2, 30/04/2009, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1418045> (consultado el 13/04/2021).

cipales y de los cantones. Luego, existen unas 380 cortes populares intermedias a nivel de las municipalidades de las provincias o de las municipalidades directamente bajo la autoridad del Gobierno central. A nivel superior, es decir, una provincia, una región autónoma o una municipalidad directamente bajo la autoridad del Gobierno central se encuentran las Cortes Populares Superiores (unas 30). Finalmente, en la cumbre de la organización se encuentra la Corte Suprema. Esta última, que cuenta con más de 200 jueces, es el más alto órgano judicial del Estado. Según el art. 31 de la Ley Orgánica de las Cortes Populares, la Corte Suprema es competente en los siguientes casos: en primera instancia, para casos que la ley le asigne, o para casos que ella misma decida que tiene que resolver; en caso de apelación de asuntos decididos en cortes superiores o especializadas; en caso de contestación por parte de la fiscalía suprema o de otra parte en contra de sentencias definitivas deliberadas por cortes inferiores. Pero además de su función jurisdiccional, la Corte Suprema goza de la facultad de presentar propuestas legislativas a la APN o de ser consultada por la Comisión de Asuntos Legislativos de la APN a la hora de elaborar propuestas legislativas que serán sometidas a votación de la APN o de su Comité Permanente o por el Buró de Asuntos Legislativos del Consejo de Estado. Queda por recordar, finalmente, que la Corte Suprema puede emitir interpretaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación de leyes y reglamentos en casos judiciales.

El nombramiento de los jueces depende de las asambleas legislativas de las provincias o en su caso las de las regiones autónomas, los municipios bajo jurisdicción central y las regiones administrativas especiales y tiende a ser estrechamente supervisado por el PCC. Esto obviamente compromete la independencia del Poder Judicial, aun cuando la Constitución (art. 126) dispone que las cortes populares ejercen sus poderes de conformidad con la ley y no están sujetas a interferencias de parte de los órganos administrativos u otros terceros. Por lo demás se registran numerosas denuncias de corrupción en el sistema judicial, como también en muchas otras esferas de la administración pública, lo que constituye un mal endémico en China.

## 5. SISTEMA ECONÓMICO

En su art. 6º la Constitución declara que “la base del sistema económico socialista de la República Popular China es la propiedad pública socialista de los medios de producción, a saber, la propiedad por todo el pueblo y propiedad colectiva por parte de los trabajadores. El sistema de propiedad pública socialista sustituye al sistema de explotación del hombre por el hombre; aplica el principio de ‘cada uno de acuerdo con su capacidad, a cada uno de acuerdo con su trabajo’”.

Establece como principio que “la economía socialista bajo propiedad de todo el pueblo es la fuerza líder de la economía nacional”. No obstante, en virtud de su art. 18 permite el establecimiento de empresas o inversores extranjeros

quienes pueden invertir en China y “entrar en diversas formas de cooperación económica con empresas chinas y otras organizaciones económicas de acuerdo con la ley de la República Popular China”. En cuanto a la propiedad privada, esta es declarada *inviolable* (art. 13).

En consonancia con este marco institucional las empresas creadas desde las reformas de Deng Xiaoping en adelante se ajustan a diferentes formas jurídicas dentro de las cuales prevalecen tres tipos bien definidos. En primer lugar, se encuentran las empresas de propiedad del gobierno chino, que pueden pertenecer a las autoridades nacionales, provinciales, municipales o de zonas administrativas especiales. A la luz de las reformas introducidas por Deng Xiaoping estas empresas gozan de gran autonomía, incluyendo desde luego su política de inversiones como también la facultad de contratar y despedir trabajadores. Por cierto que han hecho gran uso de esta última facultad en oportunidad de la introducción de las reformas de Deng Xiaoping, pues dieron lugar al cierre de miles de empresas improductivas y a grandes ajustes en su dotación de personal de aquellas que podían llegar a ser competitivas. No menos de treinta millones de trabajadores fueron despedidos en lo que fue probablemente el ajuste más fuerte de la historia. Como resultado de esta política de “adelgazamiento” del sector público su participación en el empleo total cayó de 25% en 1966 a solamente 7% en 2003<sup>5</sup>, pero las empresas que quedaron en la órbita del gobierno figuran entre las más grandes del mundo pues son líderes mundiales en sus respectivos sectores económicos: en la lista de *Fortune Global* de las 500 más grandes empresas del mundo figuran nada menos que 109 empresas chinas, de las cuales el 85% pertenecen de una u otra forma al gobierno chino y son descollantes en sectores como la banca, grandes infraestructuras, energía, transporte marítimo, química y petroquímica, farmacéutica, etc. Muy notablemente Sinopec (industrias químicas y farmacéuticas), State Grid (energía) y China National Petroleum (combustibles), todas de propiedad del gobierno chino, son por su facturación tres de las cinco mayores empresas de la lista de *Fortune Global*<sup>6</sup>.

En segundo y tercer lugar distinguiremos a las empresas privadas y mixtas, que pueden ser de capital chino o extranjero. Tomadas en su conjunto tendremos que, a finales de 2014, 18,2 millones de empresas estaban registradas en la RPC, lo que representaba un incremento de 19,1% con respecto al año precedente. De estas, 15,5 millones eran empresas privadas. Al día de hoy más de 250 millones de trabajadores están empleados en el sector privado, con un aumento interanual de 14,3%<sup>7</sup>. Estas empresas dan empleo a aproximadamente 250 mi-

<sup>5</sup> LEE, Chang-Hee, ob. cit.

<sup>6</sup> “Fortune Global 500 2020, Full list of rankings”, Fortune.

<sup>7</sup> “State Administration for Industry and Commerce”, cit. en XIAOTIAN, Lei, “Employer Strategies in Collective Labour Relations”, in BROWN, William – CHANG, Kai, The Emerging Industrial Relations of China, Cambridge University Press, 2017.

llones de trabajadores, representan el 60% del PIB, 70% de la innovación, 80% del empleo urbano y sobre todo el 90% de los empleos de reciente creación<sup>8</sup>.

## 6. DEMOGRAFÍA: MIGRACIÓN RURAL-URBANA

La transformación de la economía china dio lugar a un impresionante cambio en la estructura de la población y del empleo. En 1949, cerca del 90% de la población china estaba clasificada como rural. Casi treinta años después esta proporción apenas se había reducido a 82% en 1978, cuando comenzaron las reformas de Deng Xiaoping. Sin embargo, a medida que las reformas se profundizaban, el decrecimiento de la población rural se aceleró; en 2018 la población rural había caído al 40,42% y alcanzó al 39,4% en 2020.

Dentro de este marco se dio en la RPC lo que probablemente fue la mayor migración interna que conoció la Humanidad: en el año 2019 se estimaba que no menos de 291 millones de extrabajadores rurales ya trabajaban en medio urbano, lo que representaba más de un tercio de la población laboral total. Por ejemplo, en ciudades como Shenzhen y Dongguan la población de trabajadores migrantes superó rápidamente a la población urbana local; pero también este movimiento poblacional se hizo sentir en Beijing donde un tercio de los cerca de 20 millones de habitantes no están registrados como residentes locales, en tanto que en Shanghái las cifras son de 6 millones de habitantes no registrados como residentes locales de los 19 millones del total. Por un lado, este impresionante aporte de mano de obra fue sin duda vital para el espectacular crecimiento económico de la RPC en las tres últimas décadas. Pero por el otro lado no es posible ocultar que se ha hecho al costo de profundas discriminaciones. De hecho, una buena parte de las numerosas denuncias de discriminación y maltrato de trabajadores en la RPC conciernen casi siempre a trabajadores migrantes de origen rural.

## 7. SISTEMA DE REGISTRO *HUKOU*

En cualquier caso, este movimiento migratorio no hubiera sido posible de no haberse procedido a introducir importantes flexibilizaciones en el llamado *sistema de registro hukou*, que aquí necesita una breve descripción:

El sistema de registro *hukou* tiene raíces remotas en la antigua China imperial. Algunos de sus rasgos son comparables a la servidumbre de la gleba de Europa medieval. Si había caído en desuso en los años que siguieron al fin de la dinastía Qing, conoció un renacer con la toma del poder por el PCC en 1944. Así, en su versión *maoísta* el sistema de registro *hukou* fue reimplantado a partir de 1958 como un elemento esencial de la planificación centralizada de la mano

<sup>8</sup> World Economic Forum, 2019-2020 Part 1 (weforum.org).

de obra; con ese objeto a todos los hogares les fue atribuido un *hukou* que podía ser rural o urbano, siendo muy difícil el cambio de un estatus a otro.

El *hukou* familiar estaba asentado en un registro local y constaba en una libreta sujeta a control policial. Mediante este sistema el gobierno podía operar el control de empleos, la movilidad de la población, la provisión local y nacional de educación, vivienda y salud; también podía mantener un control político que reducía las posibilidades de protesta social. Se asumía que el sistema debía garantizar que la población rural de China permaneciera en el campo y siguiera proporcionando los alimentos y otros recursos que los residentes urbanos necesitaban.

Uno de los efectos más importantes de este sistema era la limitación del derecho de residencia y por el mismo motivo de la movilidad interna, pues las personas con *hukou* rural debían obtener un permiso de movilidad para trasladarse a un lugar distinto al de su registro, permiso que estaba supeditado a los requerimientos de mano de obra de las ciudades o regiones de destino y a su capacidad de ofrecer acceso a la educación, vivienda, salud y otros servicios. A falta de un permiso de movilidad la persona en cuestión recibía un trato comparable al de un inmigrante ilegal.

En el origen de esta restricción estaba el temor que la libertad de movimiento estimulara una vasta corriente de migración rural hacia las ciudades, con un efecto de drenaje de los recursos humanos indispensables para la producción de alimentos. Pero esto también creó una fuerte discriminación en los derechos de las personas con registro *hukou* rural con respecto a sus homólogos urbanos, pues del *hukou* dependía (y depende aún) el acceso a servicios de salud, vivienda o educación, sin hablar de mejores empleos, siendo muy notables las desventajas existentes en perjuicio del *hukou* rural. De ahí que la expectativa de pasar de un *hukou* no local a un *hukou* local es de una importancia vital para los trabajadores migrantes. Por ello, si el motivo por el cual la aspiración a tener un mejor empleo y mejores condiciones de vida ha sido sin duda el mayor incentivo para el movimiento de migración rural-urbano (hoy local y no local) esa aspiración quedaba (y aún queda) en los hechos menoscabada para todos aquellos que tienen un *hukou* distinto del local de aquella ciudad en la que están viviendo o trabajando. Ello se debe a que el cambio de estatus es a menudo difícil de obtener; en la práctica se obtiene con mayor facilidad en algunas ciudades que en otras.

Una segunda distinción del sistema de registro *hukou* era la de *hukou* local y no local, por lo que podían existir cuatro categorías diferentes de personas, respectivamente con registro urbano-local, urbano no local, rural-local y rural-no local, cada una de las cuales atribuía derechos diferentes a los correspondientes titulares, por cierto, con una clara desventaja en perjuicio de quienes estaban registrados como de *hukou* rural. En 2014 se introdujo una reforma que tuvo por objeto suprimir las categorías de *hukou* rural y urbano de modo que han quedado solamente las de *hukou* local y no local.

En alguna medida el sistema de registro *hukou* se asemejaba al *pasaporte interior* de la Unión Soviética (*propiska*), que limitaba la movilidad de las personas y por la misma razón el derecho a cambiar de empleo para los trabajadores de las granjas colectivas, situación que durante años fue materia de discordia entre el gobierno soviético y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT por su incompatibilidad con el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (nro. 29). Contrariamente a la URSS, la RPC no ratificó aquel convenio, como tampoco ratificó el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948 (nro. 87) (pero ambos convenios son aplicables en las regiones administrativas especiales de Hong Kong y Macao, pues ya lo eran antes de su retrocesión a la RPC, respectivamente en 1997 y 1999). Sí, en cambio ratificó el convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (nro. 111), que prohíbe “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”, y sorprende el hecho de que los órganos de supervisión de la OIT hasta ahora no han formulado observación alguna al gobierno de la RPC relativa a un posible incumplimiento del convenio 111 a causa del carácter discriminatorio del sistema *hukou* por motivos de origen social, aun cuando la Ley de Promoción del Empleo, de 2008 prohíbe la discriminación, entre otros por motivos de *origen rural* (arts. 25-31). Acotemos que ninguna disposición prohíbe la discriminación por motivos de opinión política, como debería hacerlo a tenor del convenio 111.

Las primeras flexibilizaciones del sistema de registro *hukou* se dieron en los primeros años de la década de 1990. Estas mayormente consistieron en facilitar la migración legal hacia ciertas grandes ciudades, en particular las zonas económicas especiales (por ejemplo, Shenzhen), que estaban necesitadas de grandes aportes de mano de obra, que solamente la migración rural-urbana podía satisfacer. Esta tendencia se acrecentó luego del ingreso de la RPC en la Organización Mundial del Comercio, siempre por el mismo motivo, y se dio un paso aún más importante con la descentralización del sistema *hukou* hacia los gobiernos locales, provinciales o municipales, es decir que son ellos mismos quienes aceptan o no un posible cambio de estatus como también determinan el tipo de servicios o beneficios a los que un trabajador migrante puede aspirar. Esto sin duda favorece las condiciones de vida de los migrantes aun cuando muy obviamente responde mucho más a los intereses de los gobiernos provinciales, locales o municipales que de los trabajadores. Todo esto se ha traducido por una movilidad mucho mayor, pero al mismo tiempo han perdurado las desigualdades, entre otras en materia de alojamiento, salud o educación que son inherentes al tipo de *hukou* que ha sido asignado a cada hogar.

## 8. LEGISLACIÓN LABORAL

Durante por lo menos los tres decenios que sucedieron a la llegada del PCC al poder, en 1949, las relaciones de trabajo eran todas de tipo vertical entre el Estado y los trabajadores quienes salvo algunas excepciones no tenían otro empleador. El Estado era por tanto el único responsable de la asignación de los empleos, tasas de salarios, prestaciones sociales y cualquier otra reglamentación del trabajo. Por su parte las empresas y sus dirigentes no eran actores independientes sino funcionarios del Estado ante quien eran responsables por la ejecución del Plan y también para la gestión de los recursos que les eran atribuidos y la implementación de las políticas laborales. Dentro de este marco las relaciones entre los trabajadores y los entes que las empleaban (difícil llamarlos “empresas”) se ajustaban mucho más al modelo estatutario de la administración pública que a la relación laboral-contractual propia de las economías de mercado. Uno de sus rasgos más destacados era el empleo vitalicio.

La puesta en ejecución de las reformas económicas de Deng Xiaoping en adelante conllevó una transferencia de numerosas responsabilidades del Estado hacia las empresas, incluyendo la gestión de sus recursos humanos, misión para la cual el cuadro legal existente hasta entonces era notoriamente inadecuado. Por lo tanto, se hizo indispensable la reforma del tipo de gestión del trabajo. Al principio esto solo se llevó a cabo empíricamente, comenzando por la celebración de contratos de trabajo en las empresas de propiedad estatal, y ello a menudo con la ausencia de un marco jurídico preciso.

Recién en 1994 se diseñó un marco legal a través de la adopción de la Ley del Trabajo, más adelante consolidado con la adopción de la Ley del Contrato de Trabajo en 2008. Ambos textos legales, pero más en particular el segundo, forman hoy lo que podríamos llamar el “núcleo duro” del derecho individual del trabajo de la RPC, derecho que se basa en el contrato y la relación bilateral empleador-empleado. En torno de esta relación funge el papel del Estado, quien ejerce su poder de reglamentación de la relación de trabajo principalmente con fines tuitivos, al que se añade su poder de fiscalización, a veces el de mediador y eventualmente de dispensador de justicia. En este aspecto la relación de trabajo en la RPC sigue rumbos análogos a los que pudiera tener en una democracia occidental con economía de mercado, no obstante, con dos grandes diferencias: la primera de ellas es la importancia del sector gubernamental en la economía, que sigue siendo de muchísimo peso, no obstante el ajuste del que ya se ha hablado. La segunda es la que se deriva de la inexistencia de un sindicalismo independiente como consecuencia de la prohibición de los sindicatos que pudieran existir al margen de la Federación Sindical China (en adelante, ACFTU por su acrónimo inglés de *All China Federation of Trade Unions*), organización que está estrechamente controlada por el PCC. Esto no ha impedido, como veremos más adelante, la negociación de verdaderos convenios colectivos de trabajo, así como la presencia de bastante conflictividad laboral.

Como consecuencia de estos cambios la prestación de trabajo subordinado abandonó la concepción de que es por así decirlo “propiedad de todo el pueblo” inherente a una economía centralmente planificada, en beneficio de la voluntariedad ofrecida libremente por el trabajador en el contexto de una economía de mercado. Dicho de otra manera, la mano de obra pasó de ser “asignada” por el plan a ser libremente contratada, y esto implicó un cambio que abarcó por igual a empresas públicas, privadas o mixtas.

En un primer momento, coetáneo con las primeras reformas de Deng Xiaoping, los cambios introducidos fueron dramáticos para millones de trabajadores (no menos de treinta millones) de las empresas de propiedad estatal que fueron despedidos por cuanto sus empleos habían quedado redundantes. Sin embargo, los trabajadores afectados por estos despidos masivos consiguieron su reubicación en los crecientes sectores privado y mixto, y a estos se unieron otros millones de trabajadores migrantes en lo que fue la impresionante ola migratoria rural-urbana que ya hemos descrito.

## 9. PRINCIPALES LEYES EN VIGOR

Como se ha dicho, el sistema legal en la RPC confiere facultades legislativas a la Asamblea (Congreso) Nacional Popular y a las instancias legislativas de las provincias, regiones autónomas, zonas económicas especiales y municipios bajo autoridad central del gobierno. Sin embargo, las grandes pautas son dadas por la legislación adoptada por la Asamblea Nacional Popular o su Comité Permanente. En materia laboral los principales textos legales adoptados desde el comienzo de las reformas económicas son los siguientes:

- Ley sobre los sindicatos (o Ley Sindical) (1992, enmendada en 2001).
- Ley del Trabajo, 1994.
- Ley sobre Seguridad en las Minas (1994).
- Ley sobre prevención de las enfermedades ocupacionales (2001).
- Ley de Seguridad Industrial (2002).
- Ley de Contrato de Trabajo (2007).
- Ley de Promoción del Empleo (2007).
- Ley sobre Mediación y Arbitraje en los Conflictos Laborales (2007).
- Ley de Seguridad Social (2011).

De todas estas leyes, la ley sindical trata específicamente sobre un aspecto fundamental de las relaciones colectivas de trabajo mientras que la Ley de Contrato de Trabajo aborda la negociación colectiva en uno de sus capítulos. Falta una norma legal relativa a los conflictos colectivos de intereses y existe incertidumbre sobre el derecho de huelga, que en la RPC no está ni permitida ni prohibida. Una sola certeza existe: hay huelgas, a veces son bastante duras, a veces se manifiestan como una oleada de huelgas que conciernen a varias empresas y distintos lugares, mientras que las autoridades públicas a veces las reprimen y otras les permiten seguir su curso, con resultados que pueden ir de

una victoria de los trabajadores en un extremo hasta la violenta represión de la huelga en el otro. La gran oleada de huelgas de 2010 ofrece de esto un ejemplo bien ilustrativo<sup>9</sup>.

## 10. LEY DEL TRABAJO DE 1994

Antes de 1994, los empleadores y trabajadores chinos estaban regulados por una amplia gama de reglamentos administrativos, directivas del Consejo de Estado y leyes aprobadas por la ANP. Sin embargo, estos reglamentos, directivas y leyes no eran coherentes ni exhaustivos. En muchos casos, las normas abarcaban un tipo de empresa, pero no otro y los trabajadores de diferentes tipos de empresas tenían niveles muy diferentes de derechos y deberes. Esto llegó a su fin el 05/07/1994, cuando el Comité Permanente de la Asamblea Nacional Popular adoptó la Ley del Trabajo, que entró en vigor el 1 de enero de 1995.

Esta ley, como se ha dicho antes, revolucionó las relaciones individuales de trabajo en cuanto dio una pauta legal para el tránsito de la relación de trabajo de tipo administrativo (trabajadores asignados por el Plan) hacia otra de tipo contractual, es decir voluntaria. A diferencia de las reglas existentes hasta entonces, que podían aplicarse separadamente a distintos tipos de empresas, la ley de 1994 se aplica por igual a cualquier “entidad empleadora”, sea esta de propiedad pública, privada o mixta. Sin embargo, no es de aplicación para los trabajadores agrícolas ni los empleos domésticos.

La Ley del Trabajo garantiza el principio de no discriminación entre todos los trabajadores, independientemente de su grupo étnico, raza, sexo o religión (art. 12). Esta disposición no incluye la discriminación por el *hukou* (tratándose del *hukou* no local), pero es posible que no afecte a la relación de trabajo en la medida en que las reglas aplicables al registro *hukou* y las aplicables a la relación de trabajo transitan por vías separadas.

Tratándose de un primer intento de reglamentar la prestación de trabajo subordinado dentro de un marco contractual esta ley representa un esfuerzo técnicamente bien logrado. Consta de 107 artículos distribuidos en 13 capítulos, como sigue:

Capítulo I: Disposiciones generales; Capítulo II: Promoción del empleo; Capítulo III: Contrato de trabajo y contratos colectivos; Capítulo IV: Horas de trabajo, descanso y vacaciones; Capítulo V: Salarios; Capítulo VI: Seguridad y salud ocupacionales; Capítulo VII: Trabajo de mujeres y de menores; Capítulo VIII: Formación profesional; Capítulo IX: Seguro social y bienestar; Capítulo X: Conflictos de trabajo; Capítulo XI: Supervisión e inspección; Capítulo XII: Responsabilidad jurídica; Capítulo XIII: Disposición complementaria.

<sup>9</sup> CHANG, Kai, “The Strike Wave of 2010: The Emergence of a Bottom-Up Labour Movement”, in Collective Labour Relations and the Chinese Labour Movement, The Emerging Industrial Relations of China, Cambridge University Press, 2017.

La ley contiene a la vez disposiciones de tipo programático y otras directamente operativas. Las primeras (caps. I y II) están dirigidas a los órganos del Estado responsables de su aplicación y especialmente a las autoridades provinciales y locales, que según el principio de la descentralización administrativa deben desarrollarlas por medio de normas reglamentarias aplicables en sus respectivas jurisdicciones. Muchas de sus disposiciones fueron ulteriormente desarrolladas por la Ley de Promoción del Empleo, de 2008.

El cap. III está dedicado al contrato de trabajo individual y al colectivo. El primero de ellos es definido como un acuerdo que establece la relación de trabajo entre un trabajador y una “entidad empleadora” (léase empresa) y prescribe los respectivos derechos y obligaciones de las partes. Es obligatorio concluirlo cuando se ha establecido una relación de trabajo (art. 16). La edad mínima se fija en dieciséis años, con algunas excepciones aplicables en particular a escuelas de enseñanza de artes y oficios en donde la ejecución de trabajos específicos forma parte del plan curricular. Debe concluirse obligatoriamente por escrito y contener como mínimo cláusulas sobre: a) término, aclarando si es por duración determinada, o indeterminada o por obra o trabajos determinados; b) asignación de tareas; c) condiciones de trabajo; d) remuneración, que no puede ser inferior al salario mínimo aplicable en el lugar de trabajo; e) disciplina laboral; f) condiciones para la terminación del contrato de trabajo; g) responsabilidades por incumplimiento. Las partes pueden también incluir una cláusula que prohíba la divulgación de secretos profesionales o comerciales y otra de restricción de competencia consecutiva a la extinción de la correspondiente relación de trabajo.

La terminación del contrato de trabajo puede ser por causa de inhabilidad para cumplir con las tareas acordadas durante el período de prueba, o por faltas graves como violación de la disciplina laboral o por haber causado grandes pérdidas a la entidad empleadora debido a negligencia o actos de malicia. Pasado el período de prueba la inhabilidad puede ser causa de despido, pero mediante un preaviso de treinta días. También es posible el despido mediante preaviso cuando las condiciones han hecho inviable la prestación de trabajo o por causas económicas. Si se trata de un despido colectivo por causas económicas se debe abrir un período de consultas de treinta días con los representantes del respectivo sindicato o los representantes del personal cuando no hubiera sindicato. En esos casos también se deberá una compensación económica de acuerdo con la ley local aplicable. Todas estas disposiciones sugieren que el legislador chino buscó inspiración en el Convenio sobre Terminación de la Relación de Trabajo de 1988 (nro. 158) de la OIT o de la directiva 75/129/CEE del Consejo de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea), del 17/02/1975 sobre despidos colectivos (hoy sustituida por la directiva 98/59/CE del Consejo de la Unión Europea, del 20/07/1998). Por su parte el trabajador debe dar un preaviso de treinta días a su *entidad empleadora* cuando es él quien dar por terminada la relación de trabajo.

A renglón seguido la ley contiene disposiciones sobre la contratación colectiva, que puede tener lugar entre el personal de una empresa y esta última con miras a fijar condiciones particulares sobre remuneración, condiciones de trabajo, salud y seguridad ocupacionales, bienestar, etc. Este contrato debe ser concluido por el respectivo sindicato en representación de los trabajadores o a falta de este por representantes de los trabajadores, y sometido a las autoridades del trabajo. Si estas no se pronuncian dentro de los quince días de la recepción del contrato colectivo este entra automáticamente en vigor.

En sus caps. IV y V, la Ley del Trabajo establece disposiciones sobre horas de trabajo, descansos, vacaciones y remuneraciones, ninguna de las cuales parece diferente de las que figuran en la legislación de muchos otros países del mundo. También aquí es perceptible la influencia de los convenios de la OIT. Así, la duración del trabajo normalmente no debe ser superior a ocho horas diarias o 44 semanales (actualmente llevado a 40 horas semanales). También se garantiza un descanso semanal de 24 horas en todo período de siete días. Se aclara sin embargo que una empresa puede establecer reglas particulares en materia de duración del trabajo y descansos cuando, dada la “naturaleza especial de su producción”, un arreglo diferente es necesario. En estos casos se hace indispensable la aprobación de la autoridad laboral.

La ejecución de horas extraordinarias también está contemplada en la Ley del Trabajo, las que se pueden establecer en consulta con el sindicato. Normalmente no pueden exceder de una hora por día o en circunstancias especiales hasta tres horas diarias, pero no pueden ser más de treinta y seis horas en un período de un mes. En cualquier caso, darán lugar a una bonificación por horas extraordinarias no menor a 150% cuando se prestan en horas “normales”, 200% si se prestan en el día de descanso semanal y 300% en días feriados.

La ley también dispone que los trabajadores deben gozar de un período de vacaciones pagadas, pero no fija su duración, limitándose a precisar que ella será fijada por el Consejo de Estado (art. 45). Actualmente la duración es de cinco días cuando el trabajador cuenta con 1 a 10 años de antigüedad, 10 días cuando su antigüedad es mayor de 10 pero menor de veinte años, y 15 días cuando es mayor de 20 años.

En materia de remuneración la ley dispone que existirá un salario mínimo legal, cuya fijación será establecida por las autoridades de las provincias, regiones autónomas o municipalidades bajo la autoridad directa del gobierno central. Los siguientes parámetros serán tenidos en cuenta para fijar el salario mínimo: 1) Los costos de vida más bajos de los propios trabajadores más el del promedio de sus miembros de familia. 2) El nivel salarial medio de la sociedad en su conjunto. 3) La productividad de la mano de obra. 4) La situación del empleo. 5) Las diferencias regionales en el desarrollo económico. En la actualidad (2021) el salario mínimo mensual es de 2480 yuanes (RMB) en Shanghái (equivalente a 358 dólares de los Estados Unidos), seguido por el de Beijing y Shenzhen, de 2200 yuanes (U\$S 318) en ambos casos, y menor en otras provincias (la tasa de

cambio actual es de 6,69 RMB —yuanes— por un dólar de los Estados Unidos). Por su parte el salario promedio mensual es difícil de precisar pues depende de la metodología de cada institución que lo evalúe. Algunas de ellas lo estiman para Shanghái en 6930 RMB (yuanes), que sería equivalente a U\$S 1036,19<sup>10</sup>.

El cap. VI está dedicado a la salud y seguridad ocupacionales, que es abordado mayormente por disposiciones programáticas. Luego el cap. VII trata del trabajo de las mujeres y los menores. Sobre las primeras, la ley sigue el ya superado enfoque protector, al establecer prohibiciones que hoy día se entienden solo para proteger a la mujer en los períodos de embarazo, parto y lactancia. Por ejemplo, prohíbe el trabajo subterráneo de las mujeres en las minas, en consonancia con el Convenio de la OIT sobre trabajo subterráneo (mujeres) del año 1935 (nro. 45), que hoy se considera obsoleto. En cuanto a la licencia por maternidad, esta es de 90 días.

Los caps. VIII y IX tratan respectivamente de la formación profesional y el seguro social. Son esencialmente programáticos, pues enuncian las políticas que deberá desarrollar el Estado en estas materias. Por el contrario, el cap. X, que trata de la solución de conflictos laborales, es operativo. Más adelante se ofrecerán algunos detalles sobre los procedimientos de solución de conflicto a los que las partes interesadas pueden acudir en la RPC. Luego el cap. XI sobre supervisión e inspección establece algunos lineamientos programáticos de una manera que tendería a reflejar la influencia del Convenio de la OIT sobre Inspección del Trabajo, de 1947 (nro. 81) (no ratificado por la RPC, pero sí aplicable en Hong Kong y Macao). Finalmente, en el cap. XII, sobre responsabilidad legal, se formulan reglas de carácter sancionatorio aplicables a los casos de incumplimiento de la ley. Un último capítulo, de un solo artículo (nro. 106), confiere responsabilidad a los gobiernos de las provincias, regiones autónomas o municipalidades bajo jurisdicción directa del gobierno central con el objeto de adoptar medidas para asegurar la implementación de esta ley, debiendo informar al Consejo de Estado sobre ellas.

## 11. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO DE 2008 (ENMENDADA EN 2013)

La adopción de la Ley de Contrato de Trabajo, de 2008 (en adelante, LCT), fue una consecuencia lógica y esperable del desarrollo de la economía china en los catorce años que transcurrieron entre la Ley del Trabajo de 1994 y esta ley. El rápido crecimiento del número de empresas privadas y mixtas que tuvo lugar en ese período, así como la creciente complejidad de las relaciones de trabajo en un entorno cada vez más competitivo pusieron pronto en evidencia que la ley de 1994 sufría de muchas limitaciones, no siendo la menor la circunstancia de que no sancionaba algunas prácticas abusivas de los empleadores. Entre estas limi-

<sup>10</sup> Precios de vivienda y salarios en China 2021 ([preciosmundi.com](http://preciosmundi.com)).

taciones figuraban una insuficiente protección de los salarios, la posibilidad que se ofrecía al empleador de renovar indefinidamente los contratos de trabajo de duración determinada, las garantías financieras exigidas al trabajador, cláusulas abusivas de restricción de competencia, tercerización de la mano de obra o falta de indemnizaciones en caso de despido incausado.

La LCT tuvo entonces por objeto proteger los derechos de los trabajadores de manera más específica y operativa que la Ley del Trabajo de 1994. Es notable por ejemplo que, a tenor de la LCT, los empleadores estén expuestos a sanciones y multas más severas en caso de violar la ley. Al propio tiempo se ejerce mayor presión sobre los funcionarios responsables de aplicar y hacer respetar la ley. También los sindicatos tienen un rol más amplio con objeto de representar a los trabajadores cuyos derechos han sido presuntamente violados. Por lo demás, varias materias que estaban insuficientemente reguladas en la ley de 1994, o no lo estaban en absoluto, encontraron aquí su tratamiento. Por ejemplo, la LCT establece límites a la contratación por tiempo determinado, a la tercerización mediante el recurso a empresas de trabajo temporal, a la entrega por el trabajador de un depósito en efectivo como garantía de un empleo, o a la utilización de cláusulas de restricción de competencia. También establece una indemnización por terminación del contrato de trabajo<sup>11</sup>.

La adopción de la LCT no fue tarea fácil. Su trámite se inició en 2006, mediante la publicación de un proyecto generado en el Comité Permanente de la Asamblea Nacional Popular, que fue abierto a consultas y discusiones, lo que generó un número impresionante de respuestas y propuestas (191.000 comentarios en total)<sup>12</sup>. Aquí los medios empresariales levantaron muchísimas objeciones alegando posibles consecuencias ruinosas para las empresas y para el empleo en general. Fue muy notable el activismo de la Cámara de Comercio Americana de Shanghái en contra de esta ley, mientras que por su parte la Federación China de Sindicatos (ACFTU) hacía propuestas tendentes a fortalecer la protección de los trabajadores. También fue notable la intervención de numerosas ONGs. Luego de este debate, el primer proyecto conoció numerosas modificaciones, no todas ellas coincidentes con las objeciones de los medios empresariales o de los laborales. Dos nuevos proyectos fueron elaborados entre finales de 2006 y 2007, que también fueron abiertos a la discusión por los diversos grupos de intereses. Finalmente, la ley fue adoptada el 29/06/2007 por el Comité Permanente de la ANP y entró en vigor el 01/01/2008<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> TRAUB-MERZ, Rudolf – ZHANG, Junhua (eds.), “Comparative Industrial Relations: China, South Korea and Germany/Europe”, China Social Sciences Press, 2010, disponible en <http://www.fes-china.org/en/publications/detail/comparative-industrial-relations-china-south-korea-and-germany-europe-92.html> (consultado el 13/04/2021).

<sup>12</sup> KAI, Chang – BROWN, William, “The transition to collective Labour relations”, in BROWN, William – CHANG, Kai, ob. cit.

<sup>13</sup> SEAN COONEY, Sarah B. – LI, Kungang – ZHU, Ying, “New Labour Contract Law: Responding to the Growing Complexity of Labour Relations in the PRC Melbourne Law School”,

La LCT consta de 98 artículos distribuidos en siete capítulos. Comienza declarando que su objetivo “es mejorar el sistema de contratos laborales, definir los derechos y obligaciones de ambas partes en el contrato de trabajo, proteger los derechos e intereses legítimos de los trabajadores, y establecer y desarrollar una relación laboral armoniosa y estable”. La ley no contiene una definición del contrato de trabajo, motivo por el cual habrá que referirse a la que ofrece la Ley del Trabajo, de 1994. Un aspecto llamativo de la LCT es que no solo trata del contrato individual de trabajo sino también ofrece disposiciones sobre el contrato colectivo (arts. 51-56). Al igual que otras leyes de la RPC incorpora reglas operativas, aplicables directamente a ambas partes en la relación de trabajo junto con otras que son de carácter más bien programático y dirigidas a terceros como la administración del trabajo o los sindicatos. Por ejemplo, en su art. 5º dispone que la autoridad administrativa del trabajo de nivel local, junto con los representantes del sindicato y la *entidad empleadora*, establecerá un mecanismo tripartito para la coordinación de las relaciones laborales, con el fin de discutir y resolver conjuntamente los principales problemas relacionados con las relaciones laborales. Y en su art. 6º se dirige al sindicato disponiendo que prestará asistencia y orientación a los trabajadores con relación a la celebración de contratos de trabajo con la unidad empleadora y establecerá un mecanismo de consulta colectiva con esta con el fin de proteger los derechos e intereses de los trabajadores.

La LCT dispone que los contratos individuales de trabajo pueden ser por duración determinada, por tiempo indefinido o por obra y servicios determinados. No se exige que la celebración de un contrato de duración determinada tenga una causa vinculada con la temporalidad de los servicios a prestar, pero sí se dispone que un trabajador que ha prestado servicios durante diez años en virtud de un contrato de duración determinada puede pedir que este sea recalificado como de duración indeterminada (art. 14). La misma recalificación puede tener lugar cuando un contrato de duración determinada ha sido renovado dos veces o más.

En todos los casos el contrato de trabajo debe ser concluido por escrito e incluir un mínimo de disposiciones definidas por la ley, tales como nombre y domicilio de las partes, documento de identidad del trabajador, duración del contrato de trabajo, descripción del puesto y lugar de trabajo; jornada laboral, descanso y vacaciones; remuneración; seguro social, etc. Este enunciado guarda cierta similitud con el que ofrece la directiva europea 91/533 de 14/10/1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo, en la que quizás se inspiró el legislador chino.

En cuanto al período de prueba este no puede exceder de un mes si el contrato ha sido concluido por más de tres meses, pero menos de un año, de dos meses si es por un año, pero menos de tres y de no más de seis meses si el contrato ha fijado un término de tres o más años o ha sido concluido por una duración indeterminada (art. 19).

Dos prácticas frecuentes que habían dado lugar a abusos fueron restringidas por esta ley. La primera de ellas se refiere al depósito de garantía que se podía exigir al trabajador con motivo de su contratación. Ahora solo se puede exigir cuando ha recibido una formación pagada por el empleador. De la misma manera la LCT limita las cláusulas de restricción de competencia, que solamente pueden ser exigidas a altos directivos, técnicos superiores y otras personas que están bajo la obligación de confidencialidad con su empleador. La cláusula debe estar limitada a un ámbito de aplicación determinado; por ejemplo, el trabajador no podrá entrar a trabajar para otro empleador o iniciar su propio negocio dentro del mismo rubro que compita con el primero. Además, la restricción de competencia debe estar limitada a una zona geográfica especificada (pero la ley no fija límite alguno para esta zona) y no tener una duración que excede de los dos años (art. 24) durante los cuales el empleador debe pagar una compensación financiera sobre una base mensual (art. 23). No se especifica de cuánto será esta compensación financiera.

En caso de cesión o transferencia de la empresa o partes de ella u otras modificaciones de aquella, el contrato de trabajo se mantiene con la entidad sucesora (art. 34).

La LCT aborda de manera muy casuista la terminación del contrato de trabajo. En primer lugar, puede terminar por mutuo acuerdo de las partes o por iniciativa unilateral del trabajador, en cuyo caso este debe dar un preaviso de treinta días, pero si está en período de prueba alcanza con dar un preaviso de tres días (arts. 36-37).

Además de la expiración del plazo por el que ha sido concluido el contrato de trabajo, o la ejecución de la obra, o la prestación del servicio pactado si el contrato es por una duración determinada o por una obra o servicios determinados, las causas de terminación pueden ser las siguientes: acuerdo mutuo, despido por falta grave, reducción de personal mediante preaviso de un mes, quiebra de la empresa, jubilación del trabajador, otras causas objetivas como la incapacidad sobreviniente, inhabilidad del trabajador para ejecutar las tareas encomendadas, cambio sustancial en la naturaleza del trabajo, jubilación del trabajador, quiebra de la empresa (arts. 41-44). En la mayor parte de estos casos el empleador deberá abonar una indemnización equivalente a un mes de salario por año de servicios (art. 47) pero si ha sido dispuesto en violación de la ley la indemnización se duplica (art. 87). La misma indemnización se aplica si el contrato es rescindido por el trabajador por una causa grave imputable a su empleador.

La LCT contiene también disposiciones sobre despidos colectivos por motivos económicos, aplicables en caso de que la entidad empleadora considere despedir a más de 20 trabajadores, o menos si estos representan más de diez por ciento de su personal. En tales casos debe consultar al sindicato (o al personal si estos no están sindicalizados) con una antelación de treinta días y someter el plan de reducción del personal a la autoridad administrativa del trabajo (art. 41).

De especial interés son las disposiciones de la LCT relativas a la contratación de trabajadores por medio de empresas de trabajo temporal (ETT), práctica que había dado lugar a numerosos abusos desde la adopción de la Ley del Trabajo de 1994 pues muchos empleadores tercerizaban sistemáticamente su mano de obra con objeto de desligarse de sus responsabilidades. De hecho, muchos trabajadores fueron despedidos y luego recontratados inmediatamente por medio de una ETT después de que se aprobó aquella ley. El incumplimiento de la ley por parte de los empleadores se ilustra aún más con la encuesta de la Oficina Nacional de Estadísticas que mostró que solo el 42,8% de los trabajadores migrantes habían firmado un contrato con su empleador. En 2016, esa proporción había caído a solo el 35,1%, lo que seguía mostrando un alto grado de incumplimiento aún después de las reformas introducidas en 2013 a la LCT en un intento de colmar las lagunas relacionadas con la contratación de mano de obra mediante recurso a la intermediación laboral. Sin embargo, en medios próximos a los trabajadores se denuncia que los empleadores continúan evadiendo sus responsabilidades legales y presionando al gobierno para que relaje ciertas disposiciones de la ley que, afirman, restringen la contratación y el despido de empleados<sup>14</sup>.

La LCT dispone que las ETT tienen la obligación de registrarse y para ello contar con un capital mínimo de 500.000 yuanes (equiv. U\$S 75.000). Estas disposiciones fueron ulteriormente enmendadas, de manera que actualmente se exige que el capital de una ETT sea de al menos dos millones de yuanes (equivalentes a U\$S 320.000). También se ha dispuesto que una ETT acredite tener un domicilio real y disponer de facilidades apropiadas para conducir sus negocios. Además, debe contar con la habilitación de la autoridad laboral, requisito que no existía en la LCT. Existen severas sanciones en caso de incumplimiento.

Por su parte una empresa usuaria no puede tener más de 10% de sus empleados en “préstamo” de una ETT. Estas últimas deben celebrar un contrato de trabajo escrito por no menos de dos años con el trabajador que tienen la intención de despachar a una empresa usuaria o a varias de ellas durante la ejecución del contrato, y pagarles su remuneración o al menos el salario mínimo aun cuando no hayan sido despachados a una empresa usuaria. Cuando el trabajador es despachado por la ETT a la empresa usuaria el contrato debe incluir nombre de esta última, período de la puesta disposición y el empleo específico. Está prohibido que una ETT cobre una comisión al trabajador. Debe asegurarle la re-

<sup>14</sup> “Workers, rights and labour relations in China”, China Labour Bulletin (clb.org.hk).

muneración del puesto a cubrir o por lo menos el salario mínimo. De otra parte, la ETT concluirá un contrato con la empresa usuaria en el que deberá estipularse el número de trabajadores “en préstamo”, los puestos de trabajo correspondientes, la duración, el monto y métodos de pago de la remuneración, las primas de la seguridad social y la responsabilidad por incumplimiento de las condiciones pactadas (art. 59). En principio los trabajadores solo podrían ser contratados para ocupar puestos temporarios, auxiliares o de reemplazo (art. 66), y pueden elegir afiliarse al sindicato de su ETT o el de la empresa usuaria.

Para abreviar algo esta extensa descripción, resumamos diciendo que la LCT contiene también disposiciones sobre trabajo a tiempo parcial (arts. 68-72), supervisión e inspección (arts. 73-79) e infracciones y sanciones (arts. 80-95). También contiene reglas sobre el contrato colectivo (arts. 51-56) que serán descritas a continuación.

## 12. RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Si en la RPC las relaciones individuales de trabajo han seguido un rumbo que las aproxima a las que se pueden encontrar en la mayor parte de las economías de mercado no sucede lo mismo con las relaciones colectivas. Ello no quiere decir que no existan y de hecho la realidad muestra todo lo contrario, pues la negociación colectiva es materia de intensa práctica, en cierto sentido *sui generis* y la conflictividad laboral, incluyendo la actividad huelguística es bastante frecuente. Inclusive el sindicato, no obstante su dependencia del PCC, tiene gran protagonismo en la defensa de los derechos de los trabajadores en la empresa aun cuando rara vez, si acaso alguna, tiene protagonismo en una huelga, sin hablar que otras veces toma partido por el empleador.

El gran contraste entre las relaciones colectivas de trabajo entre la RPC y los países de América del Norte, Europa, Japón etc. o aún de América Latina resulta de la posición ambigua que tienen los sindicatos en la RPC, pues se espera que cumplirán funciones de “correa de transmisión” entre el Partido Comunista y los trabajadores, pero al propio tiempo se les asigna la función de defender los derechos e intereses de los trabajadores ante sus empleadores. Esta segunda función puede llevarlos a actitudes confrontativas con las empresas, a veces a contracorriente de la voluntad de las autoridades políticas, deseosas de garantizar la estabilidad social, y también a una disyuntiva entre su lealtad hacia los trabajadores que representan, de una parte, y su lealtad al Partido Comunista de quien dependen políticamente, de la otra parte.

Tres piezas legislativas corresponde tener en cuenta para abordar el conocimiento de las relaciones colectivas en la RPC. La primera de ellas es la Ley Sindical de la RPC (en adelante, TUL, por *Trade Union Law*); la segunda es la Ley sobre Mediación y Arbitraje de los Conflictos del Trabajo, de 2007 (en vigor, desde el 01/05/2008). La tercera es la ya abordada Ley de Contrato de Trabajo (LCT), que contiene una sección sobre contratación colectiva.

La TUL fue adoptada en abril de 1992 y tuvo ulteriores enmiendas en 2001 y 2009. Reemplazó una antigua ley de 1950. Sus rasgos distintivos son, en primer lugar, que no permite la formación de sindicatos fuera del esquema de la ley y, en segundo lugar, que consagra una relación estrecha entre la organización sindical y el PCC: la TUL impone a los sindicatos la obligación de adherirse “a la vía socialista y la dictadura democrática del pueblo, insistir en el liderazgo del PCC y la guía del marxismo leninismo, el Pensamiento de Mao Zedong y la Teoría de Deng Xiaoping”.

Basta con una rápida lectura de la TUL para advertir hasta qué punto esta limita el derecho de los trabajadores (y empleadores) a “constituir las organizaciones que estimen convenientes”, como lo dispone el art. 2º del Convenio de la OIT sobre la libertad sindical, de 1948 (nro. 87), convenio que la RPC no ha ratificado y por cierto que tampoco puede hacerlo mientras no modifique su legislación sobre los sindicatos (aclaremos que lo mismo que la RPC, Estados Unidos, India, Brasil o Vietnam tampoco han ratificado el convenio 87). Tampoco es posible negar la dependencia, no solo real sino también legal, de la Federación Sindical China (ACFTU, su acrónimo en inglés correspondiente a *All China Federation of Trade Unions*), con respecto al PCC. Esta dependencia es reforzada hasta el punto de que los dirigentes sindicales o por lo menos aquellos de sindicatos de nivel superior tienen por lo común estatus de funcionarios públicos o del PCC y el personal de los órganos sindicales son reclutados a través del sistema de admisión de la administración pública y tienen la misma escala de salarios<sup>15</sup>. Y una no menor confusión de roles se da también en los sindicatos de base (de empresa), ya que no es infrecuente que el jefe de recursos humanos de una empresa sea al mismo tiempo el presidente del respectivo sindicato.

La TUL dispone que cada sindicato debe contar con un comité directivo, que será elegido por la asamblea (congreso) de los trabajadores, pero guarda silencio sobre la forma que tendrá cada elección, y sobre todo nada dice sobre la obligatoriedad del voto secreto. En la práctica a menudo los dirigentes de los sindicatos de base son nombrados directamente por el sindicato de nivel superior al que reportan y lo mismo puede también suceder con los dirigentes de las federaciones provinciales o sectoriales, que serían nombrados directamente por la ACFTU<sup>16</sup>. En suma, es de rigor preguntarse si los sindicatos en la RPC existen más para controlar a los trabajadores que para defender sus derechos, siendo muy probable que la respuesta esté a medio camino entre las dos.

La TUL establece una estructura sindical dual, pues por una parte tiene una base territorial a nivel de cada provincia, distrito, municipio o comuna, y por la otra una base sectorial constituida por federaciones sectoriales por rama de

<sup>15</sup> CHENG, Chang, “The response of Trade Unions to Market Pressures. Trade Union Structure and Organization”, in BROWN, William – CHANG, Kai, ob. cit.

<sup>16</sup> RUIXUE, Bai, “The role of the all China federation of trade unions: implications for Chinese workers today” (intercoll.net), Working USA: The Journal of Labor and Society, vol. 14, march 2011, ps. 19-39.

actividad. En la cúspide de esta estructura se encuentra la Federación Sindical China (ACFTU), que a tenor de la TUL es la única entidad sindical de grado superior que admite la ley de la RPC, pues no se acepta la existencia de sindicatos independientes y de hecho aquellos trabajadores que han querido constituir sindicatos al margen de la ACFTU han sido víctimas de persecución. En la base de esta estructura se encuentra el sindicato de nivel de empresa, que puede ser constituido con un mínimo de veinticinco miembros. Estos sindicatos responden a las federaciones sindicales de nivel territorial —31 en la RPC, igual al número de provincias (22), zonas económicas especiales (5) y municipios bajo autoridad central del gobierno (4)— y por intermedio de estas a la ACFTU. A través de esta estructura la ACFTU contaba en 2013 con 2.767.232 unidades sindicales con una membresía de 288 millones de miembros, incluyendo 110 millones de trabajadores migrantes. Completemos estos datos diciendo que había 2,42 millones de contratos colectivos que cubrían 6,33 millones de empresas y 287 millones de trabajadores. Pocas dudas caben de que a la luz del vertiginoso crecimiento de la RPC estas cifras son hoy día mucho mayores. Aceptemos no obstante que existen muchas alegaciones sobre el carácter ficticio de muchos sindicatos, que al parecer solo tienen vida en el papel, y lo mismo sobre los contratos colectivos, que en muchos casos se limitan a copiar la ley.

Un capítulo importante de la ley sindical se relaciona con el financiamiento de los sindicatos. Además de las cotizaciones de sus miembros (0,5% del salario) la ley impone a los empleadores una contribución de dos por ciento de la masa salarial de sus empleados. Otras fuentes de ingreso pueden estar constituidas por los beneficios generados por empresas o instituciones pertenecientes a los propios sindicatos y otros ingresos varios. De estos fondos el sindicato de base retiene el 60%. Lo restante va a la ACFTU (5%) y el destino del remanente (35%) se decide entre la respectiva federación provincial y el sindicato nacional por rama de actividad.

La contracara de la ACFTU debería ser una organización de empleadores constituida de acuerdo con la ley y facultada para defender los intereses de las empresas y eventualmente negociar colectivamente con los sindicatos. En la actualidad no existe una ley que específicamente trate este asunto, y por cierto que durante todos los años en que la RPC vivió bajo un régimen comunista ortodoxo el mismo concepto de “empleador” no tenía gran significado pues los directivos de las empresas eran generalmente burócratas solo responsables de la ejecución del plan. Sin embargo, la situación obviamente evolucionó tras las reformas de Deng Xiaoping pues no solo se permitió la emergencia de un cada vez más importante sector privado, sino que también las empresas de propiedad del gobierno fueron investidas de gran autonomía, cosa que obligó a sus dirigentes a asumir responsabilidades análogas a las de cualquier empleador de un país no comunista. De aquí emergieron verdaderas organizaciones de empleadores, normalmente bajo la forma de asociaciones civiles. En la actualidad existe una organización nacional de empleadores, la Confederación China de

Empresas conocida por su acrónimo CEC-CEDA (el acrónimo CEDA corresponde a la Asociación de Directores de Empresa) reconocida por el gobierno chino e igualmente a nivel internacional por la OIT en cuyo Consejo de Administración ocupa un escaño dentro del Grupo de los Empleadores. La CEC representa a todo tipo de empresas, públicas, privadas o mixtas. Sus estatutos ponen énfasis en su participación en la coordinación de las relaciones laborales en representación de los empleadores y en la oferta de asesoramiento a sus miembros. Adicionalmente la CEC participa en diversos órganos tripartitos. La membresía de la CEC es voluntaria y su fuente de financiamiento son las cuotas que pagan sus miembros. No queda claro si la CEC/CEDA tiene derecho a participar en una negociación colectiva, la que de cualquier manera se lleva cabo principalmente a nivel de la empresa. Sin embargo, la ley especifica la participación de los representantes de los empleadores en el establecimiento de normas locales de salario mínimo <sup>17</sup>.

### 13. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En China se prefiere el término “consulta colectiva” en lugar de “negociación colectiva”, que tiene connotaciones confrontativas ajena a la cultura china. El concepto de negociación (o de consulta) colectiva se introdujo por primera vez en las relaciones laborales en China a principios de la década de 1990, después de que la ley sindical autorizara a los sindicatos de nivel de empresa a celebrar contratos colectivos con el empleador.

La principal materia de negociación son los salarios y el nivel de negociación predominante es la empresa; tanto es así que la LCT ofrece reglas para la negociación únicamente a dicho nivel. Sin embargo, la LCT ofrece también la posibilidad de negociar a nivel regional y sectorial, siendo, sin embargo, bastante vaga en cuanto al procedimiento de negociación en dicho nivel. En algunas provincias esto se encuentra regulado por leyes locales. La negociación sectorial y regional parece estar más avanzada en provincias de alrededor del delta del río Yangtze (Zhejiang, Jiangsu y en menor medida Shanghái), no así en provincias más al sur como Guangdong (Cantón) <sup>18</sup>. En estos casos y otros más todo indica que son las propias empresas que prefieren la negociación sectorial, que a su juicio ofrece la ventaja de fijar salarios uniformes en una determinada rama de actividad económica. Con esto se evita una excesiva rotación de su personal al desaparecer uno de los principales incentivos para que los trabajadores cambien de empleo si algún otro empleador les propone un mejor salario. Como trasfondo se debería tener en cuenta que desde hace algunos años se ha “secado” la migración rural-urbana y las empresas han comenzado a experimentar pro-

<sup>17</sup> FANG LEE, Cooke, “China Industrial Relations Profile”, Eurofound Fang Lee, Cooke, Eurofound (europa.eu), 2014.

<sup>18</sup> LEE, Chang-Hee, ob. cit.

blemas de falta de mano de obra, motivo por el cual no tienen ningún interés de perder a su personal.

El otro gran tema de negociación guarda relación con las horas de trabajo. Datos provenientes de la Oficina Nacional de Estadísticas de China muestran que, en 2011, el número real de horas de trabajo semanales fue de 46,2 en las zonas urbanas. Esto subió de 44,6 horas en 2008. En concreto, los hombres trabajaban una media de 47 horas semanales, mientras que las mujeres trabajaban 45,2 horas. Cuatro sectores industriales tuvieron el mayor número de horas de trabajo promedio: alojamiento y restaurantes (51,5 horas); al por mayor y al por menor; servicios residenciales (49,5 horas); *software* e información (49,1 horas). Sin embargo, algunos informes independientes reportan que las horas realmente trabajadas son mucho más que las informadas y muchas de ellas no son remuneradas, lo cual es una recurrente fuente de conflictos, como también lo son los retrasos en el pago de los salarios o, más radicalmente, la falta de su pago<sup>19</sup>.

La norma general es el art. 51 de la LCT, que establece que los trabajadores de una “unidad empleadora”, por una parte y esta última por la otra, pueden mediante negociación celebrar un contrato colectivo relativo a cuestiones como remuneración, jornada laboral, descanso y vacaciones, seguridad y salud laboral, seguro, bienestar, etc. Con ese objeto la representación de los trabajadores presentará al congreso (asamblea o un órgano intermedio) un proyecto de contrato colectivo con miras a su aprobación como paso previo a la discusión que seguirá con el empleador. Normalmente el contrato colectivo es negociado con el sindicato de base, pero a falta de este lo será por representantes elegidos por los trabajadores con la orientación de un sindicato de nivel superior.

La ley también contempla la posibilidad de negociar colectivamente a un nivel local (municipalidad, provincia, etc.) con alcance a industrias como la construcción, minería, restauración, etc. Estos contratos colectivos podrán celebrarse entre los sindicatos y representantes de las empresas y deberán ser sometidos a la autoridad laboral para su aprobación, pero esta puede ser tácita y automática si la autoridad no se ha pronunciado dentro de los quince días de haberle sido sometido el contrato colectivo (arts. 53 y 54). Una vez concluido y en su caso aprobado, el contrato colectivo es legalmente vinculante para la empresa y todos sus trabajadores, si el contrato colectivo es de nivel de empresa o el correspondiente sector de actividad o la correspondiente región si es de este último nivel. A tenor de una disposición que no figura en la LCT, pero sí en una circular del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 2004, los contratos colectivos tendrán una duración de uno a tres años, pero sus cláusulas salariales serán por un año. Una vez vencido su término, la validez del contrato colectivo quedará suspendida. Tres meses antes de la expiración del contrato cualquiera de las partes podrá pedir su renegociación o solicitar su prórroga.

<sup>19</sup> FANG LEE, Cooke, ob. cit.

## 14. HUELGAS

La pregunta que puede hacerse es cuán genuina es la negociación colectiva, sobre todo cuando quien representa a los trabajadores es un sindicato que solo existe en el papel o a cuyo frente se encuentra un directivo de la empresa o un funcionario del PCC que recibe órdenes de su Partido. Como ya se ha dicho, muchos contratos colectivos no contienen disposiciones que mejoren los derechos de los trabajadores más allá de lo que dispone la ley, lo que desde luego invita a relativizar las estadísticas sobre la contratación colectiva en la RPC. Estas solo muestran cuántos contratos colectivos se han negociado y se encuentran vigentes, cifras que son impresionantes, pero nada dicen sobre qué cuestiones se ha realmente negociado y en qué medida los trabajadores han obtenido algún beneficio de ellas. Por ese motivo nos parecen mucho más auténticas las negociaciones llevadas a cabo en el marco de huelgas en las que los trabajadores negociaron desafiando al sindicato local subordinado a la empresa o a la ACFTU. Mencionaremos entre ellas a las de Nanhai Honda de 2010 en la que los trabajadores obtuvieron un aumento salarial del 35% (500 yuanes al mes); la huelga de la fábrica de zapatos Yue Yuen en Dongguan en 2014, en la que unos 40.000 trabajadores abandonaron el trabajo durante dos semanas; la huelga de la fábrica de zapatos Lide en 2015 en la que los trabajadores obtuvieron millones de yuanes en contribuciones no pagadas al seguro social; y las huelgas nacionales organizadas por los operadores de grúas torre y conductores de camiones en mayo y junio de 2018, respectivamente. Pero tal vez la que despertó mayor interés internacional fue la huelga de 2016 contra la cadena de grandes tiendas Walmart, que se desarrolló simultáneamente en varias tiendas de la empresa en diferentes puntos del país, lo cual sugiere la presencia de una alta capacidad de organización al margen de las estructuras sindicales oficiales —que estaban controladas por Walmart tras un acuerdo entre esta última y la ACFTU en 2006<sup>20</sup>—. El interés de este caso es, entre otros, que los trabajadores chinos tuvieron éxito en organizarse frente a un empleador estadounidense que en su país es reputado por su alergia antisindical. Agreguemos que estos casos no son aislados y de hecho las huelgas son bastante frecuentes, como parece desprenderse de la compulsa de un sitio de internet de la ONG *China Labor Bulletin* que informa sobre el desarrollo de huelgas en tiempo real<sup>21</sup>. Aquí se hace sentir la carencia de un procedimiento institucionalizado de solución de los conflictos de intereses. Quizá sea por ese motivo que, contrariamente a lo que sucede en otros países, aquí las huelgas anteceden a la negociación colectiva, siendo así que lo normal sería que los trabajadores lleguen a la huelga solamente

<sup>20</sup> “Walmart Workers launch wildcat strikes across China Walmart workers launch wildcat strikes across China”, Financial Times (ft.com).

<sup>21</sup> “CLB Strikes Map”, China Labour Bulletin.

tras el fracaso de la negociación <sup>22</sup>. Una vez más recordemos que las huelgas en la RPC se encuentran en un limbo jurídico, pues no están permitidas ni tampoco prohibidas.

## 15. CONFLICTOS DEL TRABAJO

En la RPC es bastante clara la distinción entre los conflictos individuales y los colectivos. Por el contrario, la distinción entre los conflictos de derecho y los de intereses es mucho más tenue sino inexistente, pues estos se suscitan tanto por motivos de incumplimiento de la ley, por ejemplo por falta de pago de los salarios (conflictos de derecho) como en apoyo a una reivindicación de mejores salarios o mejores condiciones de trabajo, que no presuponen el incumplimiento de una norma o una cláusula de un convenio colectivo existente sino la pretensión de mejorar dichas normas (conflictos de intereses). Ahora bien, las estadísticas sobre la conflictividad laboral no recogen esta diferencia.

El sistema de solución de conflictos del trabajo en la RPC está reglamentado por la Ley sobre mediación y arbitraje de los conflictos del trabajo, de 2007 (LDAC en vigor desde 2008). Contempla tres etapas, respectivamente: mediación, arbitraje y contenciosa ante la justicia.

La mediación es el procedimiento inicial que normalmente se lleva a cabo en la empresa. Tiene lugar ante un comité de mediación integrado por representantes del empleador y de los trabajadores. Cualquier acuerdo alcanzado en esta etapa es jurídicamente vinculante (art. 10). Si la mediación fracasa cualquiera de las partes puede someter el litigio ante una comisión arbitral. Esta última, externa a la empresa, depende de la autoridad administrativa local; está integrada por representantes de la autoridad administrativa del trabajo, el sindicato y las empresas (la ley no especifica como son designados estos últimos) en número impar (art. 19). Las comisiones de arbitraje son creadas por la autoridad administrativa del trabajo quien decide cuántas habrá en su respectiva área geográfica (provincia, municipalidad, etc.). A ellas incumbe la designación de un árbitro o varios de ellos para el conflicto que ha sido sometido, quienes deben reunir ciertas condiciones: 1) haber servido como juez; 2) dedicarse a la investigación jurídica o a la enseñanza con un título profesional a nivel intermedio o superior; 3) poseer conocimientos jurídicos y haber participado en la gestión de los recursos humanos, el trabajo sindical u otro trabajo profesional durante cinco años completos; o 4) ser abogado, habiendo estado en la práctica legal durante tres años completos (LDAC, art. 20). Un caso contencioso también puede presentarse directamente a la comisión arbitral sin pasar por la etapa inicial de mediación a nivel empresarial, si se considera que es poco probable que la mediación resuelva la disputa. Para ello la ley fija un plazo de prescripción de un

<sup>22</sup> XIAOTIAN, Lei, “The Development of Collective Consultation”, en BROWN, William – CHANG, Kai, ob. cit.

año contado a partir del momento en que el trabajador ha tenido o debería haber tenido conocimiento de que su derecho ha sido violado.

Si cualquiera de las partes no está satisfecha con el laudo arbitral, puede apelar ante el tribunal popular local, que forma parte de la justicia ordinaria en la RPC. La desventaja para los demandantes trabajadores es el costo financiero y el tiempo de los procedimientos judiciales. Incluso en los casos de conflictos laborales básicos, los trabajadores pagarán honorarios legales de al menos 5000 yuanes. Se sabe que los empleadores sostienen los casos apelando sin cesar las decisiones ante un tribunal superior. Además, incluso si el demandante gana el caso, no hay garantía de que la sentencia se ejecutará contra el empleador. Dado el enorme atraso de los casos que tienen que tratar, los tribunales a menudo instan a las partes a resolver disputas a través de la mediación y no con sentencias formales.

Las comisiones de arbitraje resolvieron un récord de 1.068.413 casos en 2019, lo que fue el número más alto desde que se introdujo la Ley de Mediación y Arbitraje en conflictos laborales en 2008. De estos casos, 552.584 fueron resueltos por mediación y 430.309 por laudo arbitral. El porcentaje de decisiones favorables a los trabajadores en 2019 fue del 32%, mientras que el 60% concluyeron por una transacción <sup>23</sup>.

#### 16. ADDENDUM: PRÉSTAMOS INTEREMPRESAS DE CARA A LA PANDEMIA SARS COVID-19

La pandemia COVID-19 en curso ha impactado a la economía china y condujo a un desequilibrio de las necesidades de empleo en diferentes sectores de la economía. Algunos de ellos como el turismo, hotelería, restauración o comercio minorista han tenido que obedecer a cierres ordenados por las autoridades, mientras que otros como el comercio electrónico o el despacho de comida a domicilio crecieron repentinamente. En el primero de estos casos los empleadores debieron suspender o despedir a parte de su personal que había quedado ocioso, mientras que en el segundo caso conocieron la necesidad de reclutar personal para poder hacer frente al aumento de la demanda. A partir de este desequilibrio surgió la idea de compartir personal entre las empresas obligadas a cerrar temporariamente y aquellas que necesitaban ofrecer más puestos de trabajo para hacer frente al exceso de demanda.

Bajo este modelo, 1) un empleador que no puede proporcionar temporalmente trabajo para su personal lo envía para trabajar en otra empresa; 2) el contrato de trabajo entre el empleador inicial y el personal que es “prestado” a la empresa receptora se mantiene; y 3) el personal “prestado” queda bajo instrucciones de la empresa receptora.

<sup>23</sup> “Workers, rights and labour relations in China”, China Labour Bulletin (clb.org.hk).

Algunos problemas jurídicos dimanantes de este préstamo de mano de obra tuvieron que ser dilucidados por una circular del Ministerio de Recursos Humanos y Seguridad Social, de 30/09/2020 con el objeto de aclarar los efectos jurídicos de esta modalidad de préstamo temporario de mano de obra, que ciertamente no había sido tenido en consideración cuando se adoptó la Ley de Contrato de Trabajo.

En primer lugar, se precisa que en este caso no se aplican las reglas de la LCT relativas al préstamo de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal; por lo tanto, una empresa que “presta” personal con esta modalidad a otra empresa que lo recibe no necesita gestionar una licencia, como sí debería hacerlo una ETT.

En segundo lugar, se mantiene el vínculo laboral entre la empresa que presta personal y este último. Por ese motivo, las empresas que actúan como empleadores de empleados prestados deben celebrar acuerdos de cooperación con las empresas receptoras, estableciendo el número de empleados prestados, su lugar de trabajo, puesto de trabajo, deberes laborales, remuneración, responsabilidad por accidentes laborales y otras condiciones.

En tercer lugar, se requiere el consentimiento de los trabajadores “prestados”, a quienes se deben informar las particularidades de los empleos a cubrir y pueden rechazarlos.

Las empresas receptoras están obligadas a pagar la remuneración y otras prestaciones que correspondieran a los empleadores iniciales. Estos últimos también deben mantener las pólizas de seguro de accidentes del trabajo, pero pueden ser reembolsados por las empresas receptoras.

Queda por ver si este tipo de acuerdos continuarán existiendo una vez que se haya vuelto a la normalidad post-pandemia.

## BIBLIOGRAFÍA

- CASALE, Giuseppe – ZHU, Changyou, “Labour administration reforms in China”, OIT, Ginebra, 2013, disponible en [https://www.ilo.org/labadmin/info/pubs/WCMS\\_224430/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/labadmin/info/pubs/WCMS_224430/lang--en/index.htm) (consultado el 13/04/2021).
- CHANG, Kai, “The Strike Wave of 2010: The Emergence of a Bottom-Up Labour Movement”, in *Collective Labour Relations and the Chinese Labour Movement, The Emerging Industrial Relations of China*, Cambridge University Press, 2017.
- CHENG, Chang, “The response of Trade Unions to Market Pressures. Trade Union Structure and Organization”, en BROWN, William – CHANG, Kai, *The Emerging Industrial Relations of China*, Cambridge University Press, 2017.
- GAROT, Marie-José, “The Judiciary in China: Independent and Effective?”, *InDret*, vol. 2, 30/04/2009, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1418045> (consultado el 13/04/2021).

- KAI, Chang – BROWN, William, “The transition to collective Labour relations”, en BROWN, William – CHANG, Kai, *The Emerging Industrial Relations of China*, Cambridge University Press, 2017.
- LEE, Chang-Hee, “Industrial Relations and Collective Bargaining in China”, OIT, Ginebra 2009, disponible en <http://apskills.ilo.org/industrial-relations/resources/industrial-relations-and-collective-bargaining-in-china> (consultado el 13/04/2021).
- RUIXUE, Bai, “The role of the all China federation of trade unions: implications for Chinese workers today” (intercoll.net), *Working USA: The Journal of Labor and Society*, vol. 14, march 2011.
- SEAN COONEY, Sarah B. – LI, Kungang – ZHU, Ying, “New Labour Contract Law: Responding to the Growing Complexity of Labour Relations in the PRC Melbourne Law School”, *Legal Studies Research Paper*, n. 317, China, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1115550](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1115550) (consultado el 13/04/2021).
- “State Administration for Industry and Commerce”, cit. en XIAOTIAN, Lei, “Employer Strategies in Collective Labour Relations”, en BROWN, William – CHANG, Kai, *The Emerging Industrial Relations of China*, Cambridge University Press, 2017.
- TRAUB-MERZ, Rudolf – ZHANG, Junhua (eds.), “Comparative Industrial Relations: China, South Korea and Germany/Europe”, China Social Sciences Press, 2010, disponible en <http://www.fes-china.org/en/publications/detail/comparative-industrial-relations-china-south-korea-and-germany-europe-92.html> (consultado el 13/04/2021).
- XIAOTIAN, Lei, “The Development of Collective Consultation”, en BROWN, William – CHANG, Kai, *The Emerging Industrial Relations of China*, Cambridge University Press, 2017.

Recepción: 15/04/2021.

Aceptación: 12/05/2021.



# PARA REEMPLAZAR EL PACTO DE CUOTA LITIS EN LOS CRÉDITOS LABORALES SIN DAÑOS COLATERALES

Por MARIO E. ACKERMAN \*

## **Resumen:**

*Existe un doble reproche al pacto de cuota litis en los créditos laborales admitido actualmente por el derecho positivo argentino.*

*El primero de ellos es que supone una excepción a la prohibición de ceder esos créditos a terceros y, con ella, a su intangibilidad.*

*El segundo, que no es de importancia menor, es que la posibilidad de celebrarlos fue incorporada a la legislación nacional en el año 1976 por la norma de la dictadura militar que modificó la Ley de Contrato de Trabajo.*

*Su necesaria eliminación podría ser acompañada y compensada con un cambio de destino y función de los recargos indemnizatorios del art. 2º de la ley 25.323 y una ampliación de su ámbito material y personal de aplicación.*

## **Palabras clave:**

*Derecho laboral, créditos laborales, pacto de cuota litis, indemnizaciones, ley de contrato de trabajo.*

# REPLACING THE PACTUM DE QUOTA LITIS IN LABOR CLAIMS WITH NO COLLATERAL DAMAGES

## **Abstract:**

*There is a double reproach to the litis quota pact in labor credits currently admitted by Argentine positive law.*

\* Doctor y profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires a cargo de Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho.

*The first of them is that it supposes an exception to the prohibition of assigning those credits to third parties and, with it, to their intangibility.*

*The second, which is not of minor importance, is that the possibility of holding them was incorporated into national legislation in 1976 by the rule of the military dictatorship that modified the Labor Contract Law.*

*Its necessary elimination could be accompanied and compensated by a change of destination and function of the compensatory surcharges of article 2. of Law 25,323 and an expansion of its material and personal scope of application.*

**Keywords:**

*Labor law, labor credits, litis quota agreement, compensation, labor contract law.*

## INTRODUCCIÓN

Hace ya tiempo que, desde mi condición de jurista laboral, me niego a prosternarme con resignación ante ese convenio de honorarios profesionales que parece ganar jerarquía y exclusividad con su presentación vestida de palabras latinas, el llamado *pacto de cuota litis*.

Y siento así que la invitación para hacer un aporte para esta prestigiosa y muy querida revista es una buena oportunidad para explicar las razones de esta posición que, más de una vez, ha sido percibida como un sacrilegio, una abominable herejía, hacia una institución, si no sacrosanta, cuando menos refractaria a toda crítica.

Me refiero, claro está, a su aplicación en los créditos laborales, pues ningún reproche podría yo dirigirle cuando es el resultado de una libre concertación en relaciones civiles o comerciales que supongan acreencias patrimoniales.

En el ámbito de las relaciones de trabajo en nuestro país, el pacto de cuota litis parece ser concebido hoy como un petroglifo normativo con vocación de permanencia eterna y orígenes remotos, casi contemporáneo con la más antigua legislación laboral.

Esto, sin embargo, no es en modo alguno así, pues su aceptación expresa en nuestra legislación laboral no se remonta a la noche de los tiempos y, además y especialmente, su origen espurio —descalificador y ofensivo para con los profesionales del derecho— debería deslegitimar su reivindicación.

Comencemos entonces repasando brevemente algunas normas nacionales en las que se lo ha contemplado, sea en forma expresa o implícita, tanto para aceptarlo como para prohibirlo, para detenernos luego en las razones de mi crítica y llegar así a la que, no sin ánimo de provocar un debate, es mi propuesta para reemplazarlo.

## 1. LAS NORMAS

Según es sabido, el *pacto de cuota litis* o convenio de honorarios profesionales es un acuerdo celebrado entre un abogado y su cliente en virtud del cual, en una contienda con posible contenido económico, los honorarios del primero a cargo del segundo consisten en un porcentaje de lo que finalmente perciba este.

Técnicamente es, así, una *cesión voluntaria anticipada parcial de un crédito eventual*.

En razón del objeto de estos convenios, que normalmente pertenece al ámbito de la libertad de contratación y de la libre disponibilidad de acreencias, las reglas generales a los que ellos deben someterse están establecidas en las normas que regulan el ejercicio de la profesión o los regímenes de honorarios de los profesionales del derecho, lo que lleva así a que en nuestro país estas regulaciones tengan carácter local y nada se diga sobre ellas, en forma expresa, en las normas de fondo.

En los créditos laborales, empero, no suele admitirse tal *libre disponibilidad* —menos aun *anticipadamente*, como ocurre con el *pacto de cuota litis*—, lo que ha llevado a que esta materia no quede delegada a normas adjetivas y sea así considerada en las leyes nacionales de fondo como notable excepción a la regla general de veda de cesión de derechos y acreencias.

Esta exclusividad normativa, sin embargo, ha sido ejercitada por el legislador con criterios heterogéneos —si no contradictorios— según las épocas y los créditos de que se trate.

### 1.1. Reglas generales en normas nacionales y provinciales

En el ámbito de la justicia nacional o federal, de acuerdo con lo establecido actualmente por la ley 27.423, si bien como regla general el *pacto de cuota litis* está permitido para todo tipo de *casos* en los que los abogados o procuradores desarrollen una actividad judicial, extrajudicial, administrativa o en trámites de mediación, queda sin embargo vedado para algunos créditos, en general ligados a derechos de naturaleza alimentaria.

Esa admisión general, en la que la prohibición aparece como excepción, es una consecuencia de la regla general de presunción de onerosidad del contrato de *mandato* del art. 1322 del Cód. Civ. y Com. y que, en orden a la labor del abogado, debía considerarse establecida también por el art. 1871 del antiguo Cód. Civil.

Así, reiterando parcialmente la regla del art. 4º de la llamada ley 21.839, el art. 4º de la ley 27.423, luego de establecer en su párrafo inicial que “los abogados y procuradores podrán celebrar con sus clientes pacto de cuotalitis, por su actividad en uno o más procesos, en todo tipo de casos”, inmediatamente aclara en su inc. c) que “en los asuntos previsionales, de alimentos o con la interven-

ción de menores de edad que actuaren con representante legal, los honorarios del profesional pactado no podrán ser objeto de cuotalitis”.

En orden a los créditos laborales, el inc. f) del mismo art. 4º de la ley 27.423 se remite a lo establecido por el art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo —en cuyo examen me detengo más adelante—.

Cabe aquí recordar que en el régimen general vigente antes de la llamada ley 21.839, esto es el dec.-ley 30.439/1944, en el inc. f) de su art. 46, se vedaban también los pactos de cuota litis en los procesos relativos a *accidentes de trabajo o despidos*.

La prohibición relativa a “los asuntos previsionales es coherente con la regla del inc. b) del art. 14 de la ley 24.241, según la cual las prestaciones que se acuerden por el SIJP “no pueden ser enajenadas ni afectadas a terceros por derecho alguno”.

No es este, sin embargo, el criterio seguido en la provincia de Buenos Aires, cuya ley 14.967, en su art. 3º, establece que “en los procesos judiciales y/o administrativos sean previsionales, laborales o de índole alimentario, se podrá convenir honorarios hasta un 20% del monto que perciba el beneficiario”.

En Mendoza, la ley 9131, luego de admitir en el inc. b) de su art. 33 que el litigante pueda comprometer el *pacto* hasta el 50% del *resultado líquido del proceso*, en su inc. d) limita tal posibilidad al establecer que “el pacto es nulo cuando se refiere a las indemnizaciones o créditos que reclamen los litigantes ante la justicia laboral o por prestación de alimentos en cuanto excedan el veinte por ciento (20%)”. Norma esta donde llama la atención que la limitación se refiera al ámbito judicial donde se haga el reclamo —en el caso la *justicia laboral*— y no la naturaleza del crédito.

Con mayor prudencia —y apego al orden jurídico—, la ley 9459 de la provincia de Córdoba, si bien en el art. 2º admite que “los abogados y procuradores pueden pactar libremente con su cliente el monto de sus honorarios en todo tipo de procesos”, en su art. 13 introduce una precisa y al mismo tiempo amplia limitación al establecer que “no pueden ser objeto del pacto las materias sobre las cuales exista prohibición legal”.

En la provincia de Santa Fe, en cambio, el art. 33 de la ley 12.851, con gran amplitud —aunque no sin llamativa vaguedad— prevé que “es lícito fijar por pacto de cuota litis o por contrato, el valor de la defensa o gestión judicial o extrajudicial, por un monto mayor que el establecido en la presente ley, salvo lo dispuesto en el fuero laboral”.

## 1.2. *El pacto de cuota litis en los créditos laborales*

Como quedó antes dicho, el pacto de cuota litis en los créditos laborales ha sido regulado en las normas de fondo y, como tales, nacionales.

Existe, sin embargo, una marcada diferencia entre el tratamiento que se ha dado y se da a los créditos laborales en general y a los relacionados con los

accidentes y enfermedades del trabajo —que, por cierto, son también créditos *laborales*—.

### *1.2.1. Los créditos laborales en general*

En el texto originario de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) aprobado por la ley 20.744 no se hacía ninguna mención expresa al pacto de cuota litis.

Ello, no obstante, el art. 162 establecía que “las remuneraciones que deba percibir el trabajador, las asignaciones familiares y cualquier otro rubro que configuren créditos emergentes de la relación laboral, incluyéndose las indemnizaciones que le fuesen debidas con motivo del contrato o relación de trabajo o su extinción no podrán ser cedidas ni afectadas a terceros por derecho o título alguno”.

Esta prohibición implícita del pacto de cuota litis —que, como también se indicó ya, supone una *cesión anticipada* de una acreencia—, no obstante la reiteración de esa regla general en el actual art. 148 según la numeración que le dio a la LCT el dec. 390/1976, fue radicalmente modificada en la reforma producida por la dictadura militar con la llamada ley 21.297, que incorporó el art. 277 —originariamente 302 en el anexo del referido acto normativo— según el cual, luego de disponerse que todo pago que deba realizarse en los juicios laborales debía hacerse efectivo mediante depósito bancario en autos a la orden del tribunal interviniente y giro judicial personal al titular del crédito o sus derechohabientes, aun en el supuesto de haber otorgado poder, se estableció la “prohibición del pacto de cuota litis que exceda del veinte por ciento (20%) el que, en cada caso, requerirá ratificación personal y homologación judicial”.

Esta *prohibición*, sin embargo, simultáneamente supuso una *permisión y legitimación* del pacto que no superara el 20% del crédito del trabajador, introduciéndose así, en forma expresa, una indisimulable y sorprendente —especialmente en razón de los autores de la norma— excepción a la veda general de *cesión* del art. 148.

### *1.2.2. Los créditos por prestaciones dinerarias por accidentes o enfermedades del trabajo*

También en esta materia es necesario hacer una distinción según se trate de las acreencias que correspondan por el llamado *régimen especial* y las que pudieran devengarse en favor del trabajador o de sus derechohabientes con fundamento en las normas civiles.

### 1.2.2.1. *Prestaciones del régimen especial*

Ya nuestra primera Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, la ley 9688 del año 1915, prestó atención a esta cuestión, tanto en forma implícita como expresa.

Así, mientras que el art. 13 prohibía la “cesión (...) de la indemnización por accidente del trabajo”, el art. 24, establecía que “serán asimismo nulas de pleno derecho y sin efecto alguno, las obligaciones contraídas por las víctimas o sus derechohabientes, con intermediarios que se encarguen, mediante emolumentos convenidos anticipadamente, de asegurarles el goce de los derechos reconocidos por esta ley”.

Del juego armónico de estas normas, cuyo propósito era el de garantizar a los beneficiarios de las prestaciones de ley “la plenitud de las indemnizaciones establecidas en el cuerpo legal”<sup>1</sup>, no podía sino deducirse la prohibición del *pacto de cuota litis* cuya nulidad correspondía declarar en la hipótesis de que hubiera sido celebrado<sup>2</sup>.

No obstante las numerosas modificaciones introducidas a la ley 9688 durante sus más de siete décadas de vigencia, estos dos textos se mantuvieron con su redacción originaria hasta la derogación y sustitución de aquella por la ley 24.028, en el año 1991.

Esta nueva ley, en su art. 13, reiteró el criterio de las reglas de los arts. 13 y 24 de su precedente, aunque, mientras que en el inc. 2º) se limitó a repetir el enunciado general de la prohibición de cesión que preveía el primero, en el inc. 5º), con exagerada imperatividad, estableció que “será nulo de nulidad absoluta y sin ningún valor el pacto de cuota litis para todas las acciones derivadas de la presente ley...”.

La ley 24.028 fue a su vez derogada por la actualmente vigente ley 24.557, o Ley de Riesgos del Trabajo, cuyo art. 11, en el inc. 1º nuevamente establece la prohibición de *cesión de las prestaciones dinerarias de esta ley*.

Aunque no hace al fondo de la cuestión aquí desarrollada, no puedo dejar de destacar que no existe en esta ley una prohibición similar para las *prestaciones en especie*. Omisión esta que probablemente no deba ser atribuida a una decisión del legislador sino a su descuido.

Nada se decía, empero, en la ley 24.557, sobre el *pacto de cuota litis*.

De hecho, tampoco se incorporó una referencia expresa a este —para las acreencias en el marco del *régimen especial*— en las reformas posteriores del texto de esa ley, aunque sí se lo hizo en una ley posterior pretendidamente *complementaria*.

<sup>1</sup> MEILIJ, Gustavo R., “Comentarios a la Ley de Accidentes del Trabajo”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1977, p. 161.

<sup>2</sup> En el mismo sentido, RAINOLTER, Milton A. – PAGLIONE, Patricia G., “Régimen de accidentes del trabajo; ley 9688 y modificatorias con la incorporación de la reforma introducida por la ley 23.643”, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 132.

En efecto, la ley 27.348, en el art. 2º y en el contexto de la regulación del procedimiento ante las comisiones médicas y de los recursos contra sus decisiones, se incluyó como párrafo final el siguiente texto:

“No podrán ser objeto de pactos de cuota litis los procesos judiciales que se sustancien en el marco del presente Título”.

#### *1.2.2.2. Reclamos con fundamento en la responsabilidad civil del empleador*

El abordaje del pacto de cuota litis en los supuestos en los que el trabajador o sus derechohabientes reclamaran una indemnización por daños y perjuicios con fundamento en las normas civiles, en lugar de o acumulada a la reparación en el marco del sistema especial, tuvo un tratamiento normativo menos lineal y, sobre todo, especialmente contradictorio en la no menos zigzagueante regulación de la relación entre ambos sistemas de responsabilidad.

La mutante posición del legislador de cara a la relación entre los sistemas de responsabilidad individual del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales —que, a pesar de sus modificaciones con relación a la obligatoriedad del seguro, nunca fue abandonado por el empleador— y el general del derecho civil, fue también acompañada con cambios de posición frente al *pacto de cuota litis*.

En el modelo de *opción excluyente o con renuncia* del art. 17 de la ley 9688, la norma se limitó a enunciar esa posibilidad que se daba al trabajador —y, en su caso, a sus derechohabientes— y establecer sus consecuencias jurídicas —que consistía fundamentalmente en la pérdida de los derechos emergentes de la opción desechara—, pero nada se decía sobre las reglas de fondo y de forma aplicables cuando el damnificado prefiriera fundar su reclamo en las normas del derecho común.

Este silencio permitió interpretar que, cuando la *opción por el derecho civil* no suponía el acceso a las *prestaciones de la ley*, resultaban aplicables en toda su amplitud las normas del Código Civil y, con ellas, operaba la disponibilidad plena del crédito por el trabajador y, con mayor razón, por sus derechohabientes —en cuanto damnificados indirectos sin vínculo laboral con quien fuera empleador de aquel y eventual responsable por el daño causado—.

En estos términos, no debían considerarse aplicables los arts. 13 y 24 de la ley 9688 y, así, ningún obstáculo parecía existir para la cesión del crédito ni para convenir emolumentos anticipadamente con intermediarios para que encarguen de asegurar el goce de los derechos reconocidos por la ley.

La sustitución de la ley 9688 por la ley 24.028 en el año 1991, aunque mantuvo el modelo de *opción excluyente*, introdujo una llamativa novedad.

En efecto, si bien para esta hipótesis el art. 16 estableció como regla general:

“Para las acciones de derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil. La misma norma limitó

esta aplicación amplia del derecho civil cuando, con su remisión al art. 13 de la misma ley 9688, extendió la imputación de *nulidad absoluta y sin valor al pacto de cuota litis en las acciones que se ejercitaren de acuerdo con la opción prevista en aquel.*

Según es sabido, la ley 24.557 —o Ley de Riesgos del Trabajo—, al tiempo que, sin apartarse del modelo de *responsabilidad individual del empleador*, le impuso a este el deber de contratar un seguro para atender las consecuencias dañosas de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales con las prestaciones del sistema especial, en materia de responsabilidad civil de aquel migró de la hasta entonces tradicional *opción* por un mecanismo de *inmunidad relativa*.

Así, con las reglas del art. 39, la Ley de Riesgos del Trabajo diseñó un esquema que llevó a que las prestaciones en especie y dinerarias tarifadas operaran como una *limitación cuantitativa* de responsabilidad, cuya única excepción era el *dolo extracontractual* con el doble requisito cognitivo y volitivo del art. 1072 del antiguo Cód. Civil, en cuanto este lo describía como el “daño causado a sabiendas y con la intención de dañar”.

Tal vez en la convicción de que la extrema restricción que surgía del art. 39 de la ley 24.557 virtualmente cancelaba toda posibilidad de que el trabajador o sus derechohabientes formularan un reclamo con fundamento en el Código Civil, o quizás por mero descuido, lo cierto es que con las reglas de los aparts. 1º a 3º de aquel y la de competencia judicial contemplada en el apart. 2º del art. 46, se agotaba la atención que el legislador del año 1995 prestó a la cuestión de la responsabilidad civil del empleador, por lo que, a diferencia de su precedente inmediato —la ley 24.028— nada se dijo sobre el *pacto de cuota litis* en las eventuales acreencias que pudieran surgir de la que aquellas normas transformaron en una posibilidad remota.

La explosión de litigiosidad, con fundamento en las normas civil, provocada por la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>3</sup> que, en los hechos, llevó a la sustitución del modelo de *inmunidad relativa* por el de *cúmulo amplio*<sup>4</sup>, y ante la insuficiencia del dec. 1694/2009 para desalentar tales reclamos judiciales, llevaron finalmente a que, en el año 2012, con la ley 26.773 el gobierno *optara por volver a la opción*.

En la materia que aquí nos ocupa, el art. 4º de la ley 26.773, luego de reproducir casi literalmente el texto del art. 16 de la ley 24.028 para la descripción del alcance y las consecuencias jurídicas de la *opción por otros sistemas de responsabilidad* en cuanto a la aplicación de la *legislación de fondo, de forma*

<sup>3</sup> A partir de su sentencia del Alto Tribunal del 21/09/2004 en los autos “AQUINO, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA”.

<sup>4</sup> Para una información amplia sobre estos cambios normativos, los pronunciamientos judiciales que los provocaron y las posiciones asumidas por la doctrina, ACKERMAN, Mario E., “Responsabilidad civil del empleador”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 195 y ss.

*y los principios correspondientes al derecho civil*, y de agregar en el apart. 3º del art. 17, como novedad, que “en las acciones judiciales previstas en el art. 4º último párrafo de la presente ley, resultará de aplicación lo dispuesto por el art. 277 de la ley 20.744”<sup>5</sup>, concluye ese mismo apart. 3º con una notable excepción a esta remisión al precisar que, en tales acciones, no es *admisible el pacto de cuota litis*.

Prohibición esta que, así, unifica el criterio legislativo en la veda del *pacto de cuota litis* en los reclamos por los daños provocados por los accidentes del trabajo o las enfermedades profesionales, no importa cuál sea el régimen jurídico a cuyo amparo se lleve adelante la acción judicial.

## 2. LOS RUIDOS QUE PROVOCA EL PACTO DE CUOTA LITIS EN LOS CRÉDITOS LABORALES

De acuerdo con la descripción normativa hasta aquí expuesta, el ámbito en el que en la legislación laboral argentina es admitido el *pacto de cuota litis*, por aplicación del art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo, es el de los reclamos de acreencias cuyo fundamento sean las normas de esa ley o de los *estatutos y regulaciones especiales* a los que aquellas resulten aplicables en virtud del art. 2º de ese mismo ordenamiento.

En estos términos, puede afirmarse que la regla general es la admisión del *pacto*, con el límite cuantitativo fijado por el referido artículo, salvo los casos en los que una norma expresamente lo prohíba, como ocurre actualmente con los créditos emergentes del régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo.

No parece necesario —ni oportuno, claro está— abundar en esta oportunidad sobre la importancia fundamental que ha tenido y tiene en la identidad de nuestra disciplina la *indisponibilidad* de los créditos laborales, que fue la “primera herramienta a la que recurrió el Derecho del Trabajo para lograr la protección del trabajador por cuenta ajena”<sup>6</sup> como medio técnico jurídico destinado a materializar así, en la práctica, el *principio de protección*<sup>7</sup>.

Pese a la importancia arquitectónica de este instrumento protector esencial, no deja de sorprender la escasa atención que le ha dado la doctrina a la notable excepción a su vigencia plena que supone la admisión del *pacto de cuota litis* en nuestro ordenamiento jurídico, materia esta en la que tenemos apenas un incipiente debate.

<sup>5</sup> En una enésima remisión incorrecta a la Ley de Contrato de Trabajo.

<sup>6</sup> CANDAL, Pablo, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) – TOSCA, Diego M. – SUDERA, Alejandro (coords.), “Tratado de derecho del trabajo”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 2ª ed. amp. y act., t. I.

<sup>7</sup> Sobre el principio de protección y su relación con los medios técnicos ver ACKERMAN, Mario E., “Los principios en el derecho del trabajo”, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) – TOSCA, Diego M. – SUDERA, Alejandro (coords.), ob. cit., t. I, ps. 361-371.

## 2.1. Los términos del debate

De hecho, la mayoría de los abordajes se ha limitado a referir y describir el contenido del art. 277, pero sin hacer un juicio de valor ni aportar una justificación a la sorpresiva y sorprendente incorporación de tal regla a la LCT en la dura reforma producida por la dictadura militar en el año 1976<sup>8</sup>.

Además de Meilij, quien advirtió que la regla del art. 277 “implica una excepción a la prohibición de ceder o afectar a terceros cualquier crédito emergente de la relación laboral contenida en el art. 148 LCT”<sup>9</sup>, quien sí se detuvo en esta cuestión y justificó su defensa del *pacto de cuota litis*, fue Jorge Elías.

Con la inteligencia y capacidad de argumentación que lo caracteriza, Elías<sup>10</sup> apoya su enfática defensa en seis argumentos principales:

1. Reduce la desconfianza del cliente acerca del compromiso con el que habrá de ser defendido.
2. Da la tranquilidad al litigante de que no deberá afrontar costas propias.
3. El trabajador no debe pagar anticipo de gastos ni de honorarios.
4. El abogado debe afrontar todos los costos que supone la tramitación del juicio y, con ellos, los que supone el ejercicio de la profesión en forma independiente.
5. El abogado, al igual que el trabajador, asume el riesgo del rechazo de la pretensión y aun de la imposibilidad material de cobro.
6. El sistema de pactar los honorarios a resultado compensa al profesional de los quebrantos de pleitos perdidos o incobrables con aquellos en los que a cambio de correr esos riesgos junto con su cliente obtuvo una mejor retribución.

En una primera y general aproximación, no puede dejar de observarse que estos seis argumentos son válidos con relación a cualquier tipo de acreencia que se reclame judicialmente, sin que el hecho de tratarse de un crédito laboral le agregue alguna particularidad.

Y debo aquí decir, una vez más, y subrayar, que no es la posibilidad genérica de celebrar un convenio de honorarios lo que está en debate y que, en lo personal, defiendo y no cuestiono, sino de hacerlo con relación a un crédito de un trabajador originado en una relación de trabajo.

Con relación a estos seis argumentos, solo haría yo una objeción al cuarto, esto es, la asunción por el abogado de todos los gastos del juicio.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, LÓPEZ, Justo – CENTENO, Norberto – FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 2<sup>a</sup> ed., t. II, p. 1389; GODOY LEMOS, Sebastián, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.) – OJEDA, Raúl H. (coord.), “Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. III, p. 647; PICÓN, Liliana, en MAZA, Miguel A., “Régimen de Contrato de Trabajo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 631, entre otros.

<sup>9</sup> MEILIJ, Gustavo R., ob. cit., t. II, p. 633.

<sup>10</sup> ELÍAS, Jorge, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) – SFORSINI, María Isabel (coord.), “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 2<sup>a</sup> ed., t. III, ps. 535-537.

En efecto, cualquiera de aquellas justificaciones podría predicarse en los reclamos de sumas de dinero en los que el damnificado no tuviera recursos para afrontar los gastos o anticipos de honorarios.

Pero si bien es cierto que, en la mayoría los casos, los trabajadores se encontrarán en esa situación de insuficiencia, no son sin embargo pocos los casos en lo que el trabajador ocupaba un alto cargo de dirección en la empresa y tiene recursos suficientes para afrontar los gastos.

En estos casos, además, quien sí arriesgará su patrimonio es el trabajador, porque en el supuesto de que no prospere su reclamo, aun cuando nada le pague a su abogado, deberá asumir, en soledad, el pago de los honorarios de los abogados de la contraparte y de los peritos.

## 2.2. *La verdadera cuestión está en el fondo y, especialmente, en la fuente*

Una vez más, y como tantas veces, concurren en esta oportunidad el *fondo* que subyace a la cuestión en debate y, en un grado de importancia no menor, la *forma* que, en este caso, es la *fuente normativa* que acogió el instituto en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

Con independencia de las respuestas que se puedan dar a los argumentos que se han expuesto en defensa del *pacto de cuota litis*, hay una razón de fondo que pone en duda su procedencia, que es la que surge del carácter propio del derecho del trabajo y que justifica toda la estructura normativa protectora, como lo es, según quedó antes dicho, la necesidad de garantizar la *intangibilidad del crédito* del trabajador.

Como bien recordó en su momento Rodríguez Piñero, “la reducción del papel de la autonomía de la voluntad privada en el contrato de trabajo ha sido uno de los elementos que ha dado sustantividad propia al Derecho del Trabajo que surgió contra el imperialismo del contrato, por negar en el contrato de trabajo el predominio de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora y restringir la aplicación del ‘dogma’ civil de la autonomía de la voluntad”<sup>11</sup>.

Se trata pues de los *cimientos* del derecho del trabajo que, como tales, no admiten grietas, por mínimas o inocuas que ellas puedan parecer.

Y es así como, desde esta perspectiva, no resulta razonable concebir excepciones a la prohibición de cesión de las acreencias de los trabajadores con fundamentos que, como se acaba de ver, no son distintos de los que podrían exponerse en las hipótesis en las que el acreedor de una deuda privada no tuviera recursos suficientes para afrontar los gastos judiciales o los honorarios de su abogado.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”, en DE LA VILLA GIL, Luis E. – LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (dirs.), “Los principios del derecho del trabajo”, Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, p. 107.

Pero aquí hay aún algo más —y algo antes— que no se puede dejar de observar.

En efecto, el *pacto de cuota litis* no estaba contemplado en el texto originario de la Ley de Contrato de Trabajo que fue aprobado por la ley 20.744 y, de hecho, debía entenderse *prohibido* implícitamente por el art. 162 que, luego de la reforma producida por la llamada ley 21.297 y según el texto ordenado por el dec. 390/1976, lleva hoy el nro. 148 y cuya redacción no fue modificada por la norma del gobierno *de facto*.

Y cabe entonces aquí preguntarse ¿cuál fue el propósito que, en una reforma inequívocamente regresiva, llevó al gobierno militar a consagrar normativamente el derecho del trabajador y de su abogado, como clara excepción a la regla general de prohibición de cesión de los créditos laborales, a firmar un *pacto de cuota litis* que, a su vez, debe estar revestido de ciertas formalidades —ratificación personal y homologación judicial— para ser válido?

Adviértase que el lenguaje utilizado en la norma no es el de la *autorización* sino de la *prohibición en exceso del 20%*.

Si a esto se suma que esta *prohibición* —con su implícita *legitimación*— está incluida en el mismo párrafo de un artículo —hoy 277, según el texto ordenado por el dec. 390/1976, 302 en el texto aprobado por la llamada ley 21.297— que impone el depósito judicial para el posterior giro a favor del trabajador de todo pago que deba hacerse en un juicio laboral, la regla da toda la impresión de poner bajo sospecha a los abogados —a *todos* los abogados y no a esa minoría que podría merecerla— que representan judicialmente los intereses de los trabajadores antes que de conferir un *derecho* a unos y otros.

Dicho en otros términos, el actual art. 277 ofende a la dignidad de los abogados —de *todos* los abogados—.

En lo profundo, y a pesar de que el resultado es el de la admisión hasta el 20%, la lógica no es distinta de la adoptada por el legislador —esta vez constitucional— de la ley 26.773, cuando prohibió el *pacto de cuota litis* en los reclamos en el marco del régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo, tanto al interior del sistema como los apoyados en la responsabilidad civil del empleador.

Y esto, sumado a que se trata de una norma aprobada por la dictadura militar, más allá de cuanto antes quedó dicho sobre la excepción que supone a la regla de *indisponibilidad*, debería ser motivo suficiente para derogar al art. 277 de la LCT.

### 3. PARA REEMPLAZAR EL PACTO DE CUOTA LITIS

La teoría general del derecho del trabajo —como la teoría general del derecho— no es una pura especulación intelectual a la que se puede recurrir para llenar discursos ideológicos, alimentar vanidades con la creación de categorías conceptuales artificiales u hostigar a los estudiantes de derecho.

En las antípodas de tal uso distorsionado o perverso, ella es la que provee los cimientos sobre los que se ha construido la disciplina, uno de cuyos pilares es el *principio de protección* del que, como quedó antes dicho, la *indisponibilidad* por el trabajador de los derechos que le confiere las normas heterónomas o las que sean producto de la autonomía colectiva es un medio técnico fundamental que no debería admitir elusiones.

Al dicho popular que afirma que *toda regla tiene su excepción*, en nuestra disciplina resulta obligado oponer la advertencia de Abel Posse en el sentido de que *si se deja pasar una, pasan todas, y ese es el verdadero límite entre civilización y barbarie*.

Esto es así porque el riesgo grande de admitir una excepción es que con ella se legitima y se alienta la tentación a otras excepciones y, con ellas, se introducen las a veces imperceptibles fisuras que terminan debilitando aquellos cimientos y la construcción normativa en la que ellos se apoyan.

Por eso, así como no son buenas las excepciones en el mundo del derecho, menos aún lo pueden ser en el ámbito del derecho del trabajo.

Y qué decir cuando ellas son admitidas en un país como el nuestro, donde cotidianamente padecemos las consecuencias del precario apego al respeto por *la ley*, que en su momento tan lúcidamente denunció Carlos Nino <sup>12</sup>.

Esta es la primera y principal razón que me lleva a proponer la cancelación del *derecho —¿bilateral?*— a la celebración de *pactos de cuota litis* en los reclamos de acreencias laborales, que fuera incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por una norma bastarda producida por una dictadura militar —circunstancia esta que, como también indiqué, agrega una segunda razón, de importancia no menor, a mi propuesta—.

No puedo desconocer, empero, las razones que se han expuesto para justificar la admisibilidad del *pacto*, entre las que se destacan la asunción de costos por los abogados con el riesgo —que en estos días no es infrecuente— de la imposibilidad de recuperarlos.

En esta línea de razonamiento, evocando la expresión a la que solía apelar Vázquez Vialard en el lenguaje coloquial, debo admitir que, a pesar de las discrepancias antes apuntadas, a mi juicio Elías *arrima el bochín* para la respuesta *compensatoria* que imagino para la eliminación del *pacto de cuota litis* en los créditos laborales, y que consiste en su referencia al art. 2º de la ley 25.323.

Según es sabido, la ley 25.323, junto con una norma que penalizaba con una indemnización agravada a favor del trabajador al empleador que lo despidiera cuando aquel no estuviera registrado en forma regular (art. 1º), incorporó una nueva indemnización que, como consecuencia de una reprochable técnica legislativa, tiene un ámbito material y personal de aplicación muy limitado.

<sup>12</sup> NINO, Carlos S., “Un país al margen de la ley; estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2019, 4<sup>a</sup> ed., 4<sup>a</sup> reimp.

En efecto, en el primer párrafo del art. 2º de la ley 25.323 se establece que “cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abone las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, estas serán incrementadas en un 50%”.

Esta novedosa norma impuso un incremento indemnizatorio cuando, en la precisa y sintética descripción de Coppoletta, se tratara de un “empleador que omite abonar en tiempo y forma las indemnizaciones legales devengadas como consecuencia de un despido arbitrario, lo cual obliga al trabajador a iniciar acciones judiciales tendientes a su cobro”<sup>13</sup>.

Un repetido *vicio legislativo* que parece suponer que la única normativa aplicable a la relación individual de trabajo es la que surge de la LCT —aunque esta vez, y por razones históricas, se agregó la referencia a la ley 25.013— lleva a que pueda interpretarse que las reglas del art. 2º quedan limitadas en su ámbito personal de aplicación a las relaciones de trabajo regidas por ese ordenamiento general, y se excluyan así a las reguladas por estatutos especiales que, para la hipótesis de *despido injustificado*, contemplaran indemnizaciones distintas a las de los arts. 232, 233 y 245 de aquella<sup>14</sup>.

Y, por cierto, ese recargo indemnizatorio es aplicable solo en las hipótesis en las que el empleador omitiera pagar las indemnizaciones por omisión del preaviso y despido injustificado, pero no cuando su deuda se hubiera originado en otra acreencia del trabajador.

Elías<sup>15</sup>, como quedó antes dicho, toma nota de estas reglas y sus limitaciones y, luego de admitir, con relación al pacto de cuota litis, que “no resulta equitativo que ese costo de tener que afrontar un proceso judicial deba ser soportado por el trabajador con merma de su crédito”, propone la ampliación de la aplicación del art. 2º a otros créditos del trabajador, como mecanismo para compensar la reducción que aquel provoca en estos, de modo que “sea el empleador el que deba resarcir al trabajador por los costos que debió afrontar para reclamar en juicio el pago de obligaciones adeudadas”.

En una primera aproximación comparto la idea de que sea el empleador reticente quien deba finalmente soportar todos los costos provocados por su

<sup>13</sup> COPPOLETTA, Sebastián, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) – SFORSINI, María Isabel (coord.), ob. cit., t. III, p. 674.

<sup>14</sup> Como se resolvió, por ejemplo, con relación a los periodistas profesionales comprendidos en el régimen de la ley 12.908, en el fallo plenario de la CNTrab. nro. 313 del 05/06/2007, en los autos “Casado, Alfredo A. c. Sistema Nacional de Medios Públicos SA s/ despido” o los encargados de edificios de propiedad horizontal y renta —ley 12.981—, en el fallo plenario nro. 320 de la CNTrab. del 10/09/2008, en los autos “Turleo, Diana L. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/ despido”.

<sup>15</sup> ELÍAS, Jorge, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) – SFORSINI, María Isabel (coord.), ob. cit., ps. 537-538.

incumplimiento, pero no puedo menos que advertir que este remedio —impecable desde la lógica de la responsabilidad— no le provee legitimidad al *pacto de cuota litis*, ni logra superar los reproches que antes le he dirigido tanto por razones de fondo como por la espuria fuente con la que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe además observar que, de mantenerse la admisión del *pacto*, este podría aplicarse también sobre esas indemnizaciones pretendidamente resarcitorias de la reducción de la acreencia del trabajador provocadas por ese mismo convenio de honorarios.

Resultaría en cambio compatible con la necesidad de mantener sin excepciones la regla de *intangibilidad*, la derogación de la habilitación que, por la vía de una prohibición del exceso, ha producido el art. 277 de la LCT.

Simultáneamente, debería compensarse la veda del pacto de cuota litis —que resultaría así de la prohibición de cesión del art. 148 de ese mismo ordenamiento— con la distribución de los recargos indemnizatorios entre el trabajador y su abogado, en partes iguales.

Recargos estos que, como quedó también dicho, deberían aplicarse sobre toda acreencia laboral que deba ser reclamada judicialmente —lo que incluye, por cierto, a las originadas en el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo— o, como también contempla el art. 2º de la ley 25.323, cuando deba transitarse una instancia previa de carácter obligatorio.

Finalmente, en razón de la nueva finalidad que se le da al incremento indemnizatorio, la posibilidad de *reducción* que hoy otorga a los jueces el segundo párrafo de ese artículo, no debería incluir la *eximición del pago* y sí, por el contrario, un *piso* mínimo.

#### 4. UNA CONSIDERACIÓN FINAL

No puedo desconocer la probable reprobación que se dirija a esta propuesta en cuanto, como suele ocurrir con estos temas, se le impute la provocación de un incremento de los costos empresarios.

Si bien es cierto que, en algunos casos, como consecuencia de la ampliación del ámbito material y personal de aplicación de las reglas del art. 2º de la ley 25.323, ello resultará así, bien puede replicarse a esa eventual crítica que el incremento indemnizatorio se aplicará solo a aquel empleador que, pese a la formal intimación previa que le dará una segunda oportunidad para cumplir con sus obligaciones legales y evitar así no solo el reclamo judicial sino también los recargos indemnizatorios, no lo hace, de suerte que estos solo se aplicarán a quienes, con su reticencia, provoquen el reclamo judicial o la instancia administrativa previa.

Pero, como compensación de ese eventual incremento, quedará un diseño normativo que deje incólume la fundamental regla de la intangibilidad de los créditos de los trabajadores y, al mismo tiempo, se eliminará una más de las nor-

mas bastardas que la dictadura militar incorporó a la Ley de Contrato de Trabajo y que, inexplicablemente, aún quedan vigentes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario E., “Responsabilidad civil del empleador”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.
- ACKERMAN, Mario E. (dir.) – SFORSINI, María Isabel (coord.), “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 2<sup>a</sup> ed., t. III.
- CANDAL, Pablo, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) – TOSCA, Diego M. – SUDERA, Alejandro (coords.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 2<sup>a</sup> ed. amp. y act., t. I.
- CNTrab., fallo plenario nro. 313, sentencia del 05/06/2007, “Casado, Alfredo A. c. Sistema Nacional de Medios Públicos SA s/ despido”.
- CNTrab., fallo plenario nro. 320, sent. del 10/09/2008, “Iurleo, Diana L. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/ despido”.
- CS, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA”.
- DE LA VILLA GIL, Luis E. – LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (dirs.), “Los principios del derecho del trabajo”, Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003.
- LÓPEZ, Justo – CENTENO, Norberto – FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 2<sup>a</sup> ed., t. II.
- MAZA, Miguel A., “Régimen de Contrato de Trabajo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III.
- MEILIJ, Gustavo R., “Comentarios a la Ley de Accidentes del Trabajo”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1977.
- MEILIJ, Gustavo R., “Contrato de trabajo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, t. II.
- NINO, Carlos S., “Un país al margen de la ley; estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2019, 4<sup>a</sup> ed., 4<sup>a</sup> reimp.
- RAINOLTER, Milton A. – PAGLIONE, Patricia G., “Régimen de accidentes del trabajo; ley 9688 y modificatorias con la incorporación de la reforma introducida por la ley 23.643”, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.) – OJEDA, Raúl H. (coord.), “Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. III.

Recepción: 18/04/2021.

Aceptación: 06/05/2021.

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



JUAN PABLO MUGNOLO (DIR.); MARTÍN GOLCMAN Y LUCAS CAPARRÓS (COORDS.), *DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO*, BUENOS AIRES, EDIAR, 2019

Por DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE \*

El libro *Derecho Colectivo del Trabajo*, que tengo el honor de comentar, resulta ser un auténtico y riguroso producto surgido del pensamiento académico universitario nacional. En efecto, todos quienes participaron en calidad de autores de los distintos capítulos que componen la obra cumplen actividad docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y tienen especial versación en la materia. Son ellos: Juan Pablo Mugnolo (dir.), Martín Golcman (coord.), Lucas Caparrós (coord.), Agustín Carugo, Lucila Franzosi, Mariela Fernández, Matías Lanchini, Guido Serén Novoa, Julieta Zagari y Mariano Zeballos.

La obra contiene expresiones concretas que ponen en evidencia la circunstancia de la referida experiencia académica que poseen sus autores. Así y entre otras, destaca la notable claridad conceptual que se alcanza y que caracteriza el libro; el abordaje didáctico y simplificado que se ensaya de un área tan particular, peculiar y compleja del sistema normativo; y el apreciable equilibrio que exhibe toda la obra. En este último sentido, sobresale tanto la perfecta moderación de espacio y profundidad con que se trata cada uno de los múltiples, contrastantes y correlacionados temas que allí encuentran desarrollo, como la impecable coherencia interna que exhibe el contenido todo en sus distintas partes.

El libro procura iluminar al derecho de las relaciones colectivas del trabajo con mirada de jurista, desentrañar y dejar explícitos sus mecanismos jurídicos subyacentes más profundos y exhibir y referir los principios políticos e ideológicos que impulsan su configuración, como de aquellos otros que compromete y que le forjan determinando su estructura y caracterización en un tiempo y lugar determinados. Existe en el material, así y entonces, una fuerte vocación de coadyuvar a la mejor y más simple comprensión por parte del lector del complejo instrumental que resulta ser un determina-

\* Profesor adjunto regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Ciencias Económicas, UBA); docente (Facultad de Derecho, UBA); especialista en Derecho del Trabajo (Universidad Católica Argentina); máster en Derecho del Trabajo (Universidad de Palermo).

do sistema de relaciones colectivas del trabajo en cualquiera de sus aspectos fundamentales, como de los resortes políticos e ideológicos que le impulsan, los que refleja, los que reproduce y los que le dan fundamento y sentido.

El texto es, como señalé, el fruto de la labor de juristas calificados y, por ende, expresión de una práctica de carácter científico. Una práctica que por definición rechaza brindar una visión sesgada de cualquier fenómeno y bajo ningún aspecto o sentido. Una preferencia por la descripción objetiva que certamente no resulta aquí en un producto híbrido, desapasionado o carente de posicionamiento político e ideológico. Al contrario, la obra comprende y analiza al derecho de las relaciones colectivas del trabajo con sus instituciones con estricto apego a la principiología liberal de respeto de la libertad individual de trabajadores y empleadores y de la garantía de autonomía de las organizaciones gremiales. Y todo ello conforme se prescribe, defiende y promueve desde el derecho transnacional de los derechos humanos y especialmente, desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De hecho, la importancia de la perspectiva indicada y que atraviesa y tiñe toda la obra justifica, a juicio de los autores, un desarrollo especial dedicado a la OIT, al estudio de sus funciones y de sus órganos más relevantes.

En cuanto a la organización del contenido de la obra en sí, ella respeta en general y reproduce la tradición académica de abordar el estudio de esta área del derecho desde tres grandes partes o campos: i) relaciones de asociación (caps. IV a IX); ii) relaciones de negociación (caps. X a XX); y iii) relaciones de conflicto (caps. XXI a XXV). La obra abarca y desarrolla así todos los temas usualmente integrados en los programas de las asignaturas universitarias dedicadas al derecho de las relaciones colectivas del trabajo.

En particular, el estudio inicia con un tratamiento de aquellos que lucen caracterizados como los conceptos fundamentales del área (cap. I), lo que es seguido por una breve y necesaria referencia histórica sobre el devenir de las relaciones colectivas en la experiencia nacional argentina (cap. II), para concluir con el análisis de las fuentes normativas del derecho de las relaciones colectivas del trabajo (cap. III).

Los capítulos que siguen y que están dedicados a las relaciones de asociación abordan la cuestión de las organizaciones sindicales de trabajadores de manera amplísima (cap. IV); de la libertad sindical y en torno a su contenido y tratamiento normativo de fuente nacional e internacional (caps. V y VI); el análisis exhaustivo de la Ley de Asociaciones Sindicales y del tradicionalmente conocido como “modelo sindical” (cap. VII); el estudio del régimen legal de representación sindical y la protección de la actividad gremial (cap. VIII); y el rol y reconocimiento normativo del sujeto empleador en las relaciones colectivas de trabajo (cap. IX).

El área de las relaciones de negociación comienza con un análisis general del instituto de la negociación colectiva y de su regulación legal, tanto de lo previsto para el ámbito privado común (ley 14.250), como docente (ley 23.929)

y del empleo público (ley 24.185) (cap. X); de sus sujetos (cap. XI) y del procedimiento para negociar (cap. XII). Este segmento del libro continúa con un estudio detallado del producto de los procesos de la negociación: el convenio colectivo de trabajo (cap. XIII), de su ámbito de aplicación subjetivo (cap. XIV) y temporal (cap. XV). Luego, se trata la cuestión de la negociación colectiva con relación a la crisis empresaria (cap. XVI) y de la negociación colectiva en el ámbito de la PYME (cap. XVII). Finalmente, se aborda la cuestión de las comisiones paritarias, origen, funciones y regulación legal del instituto (cap. XVIII); la de las relaciones posibles entre normas y convenios colectivos de trabajo (cap. XIX) y, por último, de la cuestión de la estructura de la negociación colectiva, su importancia y trascendencia (cap. XX).

La última parte del libro está destinada a las relaciones de conflicto, donde se atiende y en general, la cuestión de los conflictos colectivos de trabajo (cap. XXI); luego y en particular, las medidas de acción y el derecho de huelga (cap. XXII); el instituto del *lock-out* o cierre patronal (cap. XXIII); y de la huelga en los servicios esenciales (cap. XXIV). Cierra este último bloque un análisis de los medios de solución de los conflictos colectivos del trabajo (cap. XXV).

El lector de la obra en sus distintos capítulos encontrará desarrollada una metodología de análisis que resulta transversal y común a toda su extensión y que procura, en primer lugar, realizar un abordaje teórico de cada punto con identificación de las problemáticas y conflictos que ellos suponen, acarrean o generan, y con referencias explícitas al pensamiento de destacados doctrinarios del ámbito local y del extranjero. Un abordaje teórico o conceptual científico que luce solo teñido e imbuido dogmáticamente en el respeto al principio rector de la libertad sindical. Se ensaya en tal segmento una práctica de jurista que hace que la obra bajo comentario resulte de interés universalista y que contenga así enseñanzas, conceptos, criterios y razonamientos igualmente válidos y útiles para lectores situados y con actuación en contextos normativos disímiles y contrastantes y, ciertamente, que conserve tales rasgos más allá de eventuales modificaciones legales y/o reglamentarias, o de cambios de orientación en la práctica jurisdiccional.

Tras el estudio teórico en cada punto, la obra procura luego hacer foco en la mención y estudio de la normativa vigente en nuestro país y con exposición de las distintas posturas que aquella suscita de cara a su aplicación en los casos concretos como de los argumentos centrales usualmente esgrimidos en respaldo. Tal exposición de posturas que resultan contradictorias y contrastantes hacen a la realización de una mirada plural sobre diversos aspectos controversiales en el régimen. El ordenamiento legal es asimismo complementado y contrastado con lo que informa y surge de la práctica de los propios sujetos trabajadores y empleadores comprometidos con la acción gremial y del accionar de sus organizaciones representativas; de los propios criterios de actuación llevados a cabo por la autoridad administrativa del trabajo, como también de la labor interpretativa jurisprudencial.

JUAN PABLO MUGNOLO (DIR.); MARTÍN GOLCMAN Y LUCAS CAPARRÓS (COORDS.), *DERECHO*

*COLECTIVO DEL TRABAJO*, BUENOS AIRES, EDIAR, 2019

DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE

La obra promueve y releva, asimismo, valores congruentes con la referida impronta liberal y autonomista. En este sentido destaca la asignación de carácter originario y primigenio al fenómeno de la acción colectiva espontánea de índole gremial y un evocado posterior proceso de juridificación estatal que llega hasta el punto de alcanzar grado de derecho fundamental universal, especialmente a partir del accionar de la OIT y del principio de libertad sindical. El apego al ideario descripto explica una especial preocupación de sus autores en detectar, prevenir y censurar cualquier rasgo o sesgo normativo que suponga en el régimen una habilitación explícita o encubierta al gobierno de turno para incurrir en actos prohibidos de injerencia administrativa.

Tal molde conceptual y valorativo conduce a que la obra resulte y contenga, asimismo, una visión que luce ciertamente crítica de aspectos centrales característicos y caracterizantes en nuestro modelo sindical nacional y montada en los fundamentos y criterios postulados desde el ámbito de la OIT y de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de justicia: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como también de instancias jurisdiccionales inferiores.

La obra no oculta, así y entonces, una propuesta transformadora en general del sistema nacional de relaciones colectivas e impulsa su deconstrucción y posterior reformulación en clave del respeto incondicional a los principios del derecho transnacional de los derechos humanos, según luce ello expuesto hacia el final del libro (cap. XXVI).

El libro es, en síntesis, una reflexiva y decantada producción académica elaborada por auténticos expertos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es un producto sincero, sofisticado y refinado, ideal tanto para quien desea por primera vez aproximarse y conocer esta especialísima y apasionante área que resulta ser el derecho de las relaciones colectivas del trabajo, como para el jurista u operador experimentado y el público en general, quienes encontrarán allí una perspectiva clara y contundente, un material fundamentalmente orientado a coadyuvar a una comprensión panorámica del complejo fenómeno jurídico que dicha área comporta y de su devenir, con información actualizada y con una redacción que facilita una lectura amena y ágil.

LILIANA HEBE LITTERIO, *TRABAJADORES PLATAFORMA-DEPENDIENTES EN LA ARGENTINA Y EN EL MUNDO. ¿DE LA INFORMATIZACIÓN AL INFORMALISMO? TRABAJO “A PEDIDO” A TRAVÉS DE APLICACIONES DE TRANSPORTE Y ENTREGA DE MERCADERÍAS A DOMICILIO*, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 1<sup>a</sup> ED. THOMSON REUTERS, LA LEY, 2020

Por GASTÓN LÓPEZ ARGONZ \*

La autora, profesora de grado y posgrado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y doctora por esta misma casa de estudios, presenta una nueva investigación, exhaustiva, metódica y con una clara perspectiva científica, en la que aborda una nueva y compleja problemática en lo que a derecho del trabajo y relaciones laborales se refiere.

A lo largo de once capítulos, describe y analiza en profundidad un nuevo modelo de negocios y una nueva forma de organización del trabajo, precisamente en lo que hace al trabajo a pedido a través de aplicaciones de transporte y de entrega de mercaderías a domicilio y al servicio de conductores a través de plataformas digitales.

A fin de evidenciar aquellos aspectos que hacen de estas personas “trabajadoras plataforma-dependientes”, estudia cada una de las empresas, países donde desarrollan su actividad, cantidad de repartidores y conductores, cantidad y calidad del servicio que prestan, las condiciones de labor que ofrecen a sus repartidores y conductores; en definitiva, todo lo que hace a la relación entre consumidores, trabajadores, comercios adheridos y empresas contratantes.

Para ello, analiza el marco normativo nacional e internacional en la materia, citando además pronunciamientos judiciales de España, Italia, Francia, Reino Unido, Irlanda, Alemania, Países Bajos, la Unión Europea, Australia, Estados Unidos de América, Chile, Colombia, Perú y Uruguay. En cuanto al ordenamiento jurídico argentino, la autora analiza en profundidad las disposiciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la norma vigente en la provincia de

\* Docente del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho, UBA); abogado (UBA); magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Universidad de Salamanca).

Mendoza, como también antecedentes jurisprudenciales de la Justicia Nacional del Trabajo, de la Justicia Contenciosa Administrativa y Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, de la justicia rosarina y de la cordobesa en materia de procesos cautelares.

Comienza el libro haciendo una breve introducción a la noción de “economía colaborativa” por ser este el pilar sobre el cual estructuran su modelo de negocio las empresas, considerando “colaboradores” a quienes la autora llama “plataforma-dependientes”, advirtiendo desde el inicio la posibilidad de fraude y su postura en cuanto a la dependencia de este grupo.

En los siguientes cinco capítulos, que van desde el tercero al séptimo, Litterio se encarga de analizar particularmente la actividad de los trabajadores de transporte de cosas y de personas.

En una primera parte, en los capítulos dos y tres, describe cuál ha sido el origen y el nacimiento de las empresas y examina los antecedentes normativos y jurisprudenciales, nacionales e internacionales, en todo en lo que hace al reparto de cosas a domicilio a través de plataformas digitales. Aquí se destacan los datos cuantitativos, en cuanto a la cantidad de repartidores y locales adheridos, todos con sus respectivas citas, así como también el extenso análisis jurisprudencial y normativo que abarca países como España, Italia, Francia, Reino Unido, Países Bajos, Australia, Estados Unidos de América, Chile, Colombia, Perú y la Unión Europea. En lo que hace al estudio del tema en la Argentina, enumera diversos proyectos legislativos y profundiza sobre dos importantes reclamos judiciales; el primero, un caso presentado ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires y, el segundo, una medida cautelar interpuesta por el Sindicato Único de Conductores de Motos de la República Argentina (SUCMRA) ante la Justicia Civil y Comercial de Rosario en agosto de 2019.

Dedica el cuarto capítulo a describir las condiciones de trabajo en que prestan servicios los repartidores de Rappi, Glovo, PedidosYa, Treggo y Uber Eats, particularmente en lo que hace al trabajo en sí mismo, el tiempo de labor, la remuneración, los riesgos de trabajo, la suspensión y el despido de los trabajadores y trabajadoras. Reconoce la autora que los regímenes particulares de cada aplicación son distintos y que cambian periódicamente. No obstante, afirma que hay ciertas características en estos trabajos que suelen repetirse y que configuran una precarización del empleo juvenil. El contenido de este capítulo, al igual que el del libro en su totalidad, está compuesto por informes de la Organización Internacional del Trabajo, del Ministerio de Producción y Trabajo de Argentina, de opiniones de reconocidos juristas en el ámbito internacional, y de entrevistas realizadas a trabajadores y trabajadoras, a representantes sindicales y de empresas.

Analiza en este punto aquellas notas características de la relación laboral que, a su criterio, están presentes en las tareas de reparto a domicilio a través de plataformas digitales. Así, aborda aquellos aspectos de la relación que ha-

cen a la dependencia jurídica, económica y técnica, factores clásicos a la hora de evaluar si estamos frente a una relación laboral o una mera prestación de servicios de carácter autónomo. Además, postula la necesaria incorporación de nuevas herramientas que permitan identificar correctamente a los sujetos que necesitan protección, a pesar de que las formas organizativas de la actividad hayan cambiado. Por ello, citando a un reconocido laboralista español, propone nuevos indicios de laboralidad como lo son la reputación *online*, la propiedad de la información, la capacidad de crecimiento en el negocio y el aporte del *know how*, haciendo una clara descripción de cada uno de ellos. Seguido, aun en este cuarto capítulo, estudia la facultad disciplinaria de las empresas de plataformas, el tiempo de trabajo —y de descanso— de los repartidores y repartidoras, su remuneración —montos a los que ascendían en 2019 y forma de composición—, la exigencia de monotributo y la cobertura que ofrece una de las empresas para supuestos de robos a los repartidores. Para finalizar con este capítulo, la autora analiza algunas características del contrato con Glovo, los servicios “Rappi Favor”, “Rappicash” y los llamados “Rappi Shoppers” de Rappi, la tercerización de trabajadores y las particularidades que presentan Treggo y Uber Eats en comparación con sus competidoras.

El quinto capítulo lo dedica exclusivamente a tratar la responsabilidad de los comercios adheridos al servicio, como consecuencia del vínculo comercial que podría considerarse entre estos y las plataformas digitales, todo ello a la luz del presupuesto de solidaridad que reconoce el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Para explicar su postura al respecto, que se advierte con la sola lectura del título “La inexistencia de responsabilidad solidaria de los comercios”, Litterio analiza la relación entre los protagonistas del negocio (consumidor, repartidor, comercio y empresas de plataformas) y cita doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, sobre responsabilidad en materia de contratación y subcontratación con terceras empresas.

En lo que podríamos llamar una segunda parte del libro, que abarca el sexto y séptimo capítulo, la autora pasa a analizar, con igual profundidad que lo hizo en los capítulos anteriores, todo lo que hace a la actividad de las empresas de plataformas dedicadas al traslado de personas, en particular, los casos de Uber y Cabify.

Para ello, como lo hizo con los repartidores a domicilio, describe el origen de las empresas y la expansión global que han tenido desde su creación. Luego, cita y analiza diversas sentencias, leyes y resoluciones administrativas extranjeras, donde incluye a España, Francia, Reino Unido, Australia, Estados Unidos de América, Chile, Colombia, Perú, Brasil, Uruguay y un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Finalmente, se aboca a estudiar la normativa argentina, algunas sentencias y actuaciones administrativas de la Ciudad de Buenos Aires y una sentencia cautelar cordobesa.

El capítulo séptimo contiene un análisis de las clásicas notas típicas de laboralidad aplicadas a la relación que existe entre las plataformas y sus conduc-

tores. En este, y para confirmar la tesis de su investigación, la autora destaca el modo en que las empresas dirigen las tareas del conductor, indicándoles a quién deben transportar y verificando su cumplimiento a través de un GPS. También analiza la facultad reglamentaria y disciplinaria que estas empresas mantienen en este nuevo modelo de negocio. Describe y analiza también el tiempo de trabajo de los conductores, su remuneración, la exigencia de monotributo y la falta de vacaciones u otras licencias. Para terminar con este capítulo, Litterio comenta algunas características de los contratos celebrados entre Cabify y Picap y sus conductores, con la particularidad de que esta última ofrece un servicio de traslado en motocicleta.

En lo que podríamos llamar una tercera parte de este libro, que abarca los capítulos ocho y nueve, la autora aborda los riesgos a los que se ven expuestos los trabajadores “plataforma-dependientes” y sus derechos a la sindicalización y a la negociación colectiva.

En cuanto al primer tópico, Litterio destaca los riesgos propios de la actividad de mensajería en bicicleta y las dificultades que encuentran los repartidores al movilizarse por la ciudad, mientras conducen y miran sus teléfonos móviles. Señala los requisitos que les exige la normativa de tránsito vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y describe las características del seguro que les ofrece la empresa Glovo a sus repartidores. Sobre esto último, cita las palabras de una representante de la empresa al momento de disertar en una jornada organizada por el Ministerio de Producción y Trabajo en 2019, cuyo contenido ratificó y amplió en una entrevista realizada personalmente por la autora hacia fines de ese año, datos que también vuelca en este apartado. Para hacer notar la gravedad de la situación en la que se encuentran estos trabajadores y trabajadoras, recuerda diferentes notas periodísticas que informaban la muerte de dos personas mientras prestaban tareas de reparto.

Sobre el final de este octavo capítulo, encontramos el análisis que hace la autora sobre la cobertura de los riesgos del trabajo en el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo, haciendo énfasis en el caso de los trabajadores no registrados. Para abordar este tema, y como lo hace a lo largo de toda la obra, no solo cita a reconocidos juristas expertos en la materia, sino también al asesor legal de la Asociación del Personal de Plataformas (APP).

En el próximo capítulo, ya cerca del final del libro, Litterio se introduce en las relaciones colectivas del trabajo y hace una breve reseña sobre el derecho a sindicalizarse que tienen estos trabajadores. Reseña para ello algunos aspectos de la Ley de Asociaciones Sindicales y del convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización. Luego de esta introducción al tema, la autora hace un relato del origen y la evolución del movimiento sindical de estos trabajadores en el mundo, cita diversos informes internacionales, destacando también las declaraciones del presidente del Sindicato Único de Repartidores del Uruguay, a quien la autora también ha entrevistado.

En lo que hace al movimiento sindical argentino, Litterio refiere la existencia de dos asociaciones que aseguran representar los intereses de los repartidores. Por un lado, la Asociación Sindical de Motociclistas, Mensajeros y Servicios (ASiMM) y, por el otro, la Asociación del Personal de Plataformas (APP).

En cuanto a la primera, cita las palabras de uno de sus representantes quien, en otra de las entrevistas realizadas por la autora, da cuenta del crecimiento que ha tenido la actividad sindical en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, precisamente en el año 2019 cuando la empresa PedidosYa decidió reestructurarse y despedir a 430 trabajadores, medida que obligó a los trabajadores a agruparse, tomar la base de la empresa y exigir su reincorporación y mejores condiciones laborales. Refiere la autora que ha entrevistado a muchos trabajadores presentes en aquella medida de fuerza, aportes que ha introducido a lo largo de todo el libro.

Sobre la Asociación del Personal de Plataformas, Litterio expone las dificultades por las que está atravesado el gremio para lograr, al menos, la simple inscripción como asociación profesional en los registros de la autoridad administrativa competente. También expone las particularidades que conlleva la representación del interés de este colectivo de trabajadores, sobre todo cuando prestan tareas en un alto grado de precarización, sufren continuos bloqueos a la plataforma y diversos inconvenientes para contactarse, producto de prestar servicios continuamente en la calle.

Finalmente, en el último punto de este capítulo, la autora recuerda al lector la importancia que ha de tener la negociación colectiva en las relaciones de trabajo, en especial cuando hablamos de uno de los sectores más precarizados del país. En este marco, enumera diferentes experiencias extranjeras en materia de negociación, como es el caso de España, Italia y Suiza, y los avances que han existido a nivel nacional. Con relación a esto último, Litterio hace referencia al pliego de demandas que habría exigido la Asociación del Personal de Plataformas a las empresas del sector, con la intención de negociar una suerte de convenio 4.0. Más allá de esto, la autora destaca la aplicación del convenio colectivo de trabajo 722/2015 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, acuerdo celebrado en el año 2015 por la ASiMM y la Cámara de Empresas de Mensajería por Moto y Afines de la República Argentina.

El último capítulo, previo a las conclusiones finales, la autora lo dedica a exponer, ahora sí de forma concentrada, la visión de los actores sociales que considera fundamentales en este escenario del trabajo en las plataformas móviles, entre las cuales se encuentran la de algunos trabajadores, sindicatos, empresarios, autoridades, e incluso, la de organismos internacionales. Se sirve para esto de diversas entrevistas realizadas a representantes sindicales y de empresas, a los resultados de una investigación de campo realizada por ella misma en la base de la empresa PedidosYa mientras era “tomada” por los trabajadores en una medida de fuerza a mediados de 2019, y a distintos informes oficiales nacionales e internacionales.

LILIANA HEBE LITTERIO, *TRABAJADORES PLATAFORMA-DEPENDIENTES EN LA ARGENTINA Y EN EL MUNDO. ¿DE LA INFORMATIZACIÓN AL INFORMALISMO?...*  
GASTÓN LÓPEZ ARGONZ

Termina el libro la autora, haciendo unas breves consideraciones finales sobre los repartidores y conductores en general, sugiere diferentes líneas de pensamiento y de acción para, finalmente, proponer la aplicación de algunas medidas concretas a fin de garantizar una adecuada protección de este grupo de trabajadores y trabajadoras.

Tal como señala el reconocido jurista Julio César Simón, prologuista de esta obra, el libro es el producto de una investigación seria, inteligente, sensible y responsable, que no solo expone de manera acabada un problema común de alcance mundial, sino que, por el contrario, propone fundadas soluciones que merecen ser, en este formato, leídas con mucha atención.

MARISA HERRERA, SILVIA EUGENIA FERNÁNDEZ Y NATALIA  
DE LA TORRE (DIRS.); CAROLINA VIDETTA, GABRIELA  
VÁZQUEZ Y MARÍA EUGENIA PLAZA (COORDS.), *TRATADO DE  
GÉNEROS, DERECHOS Y JUSTICIA: DERECHO DEL TRABAJO*,  
SANTA FE, RUBINZAL-CULZONI, 2020

Por LUCAS CAPARRÓS \*

La transversalidad con la que necesariamente debe abordarse, en todos los órdenes, la cuestión de géneros, merecía una obra que atravesese, también de manera transversal, todo el ordenamiento jurídico. Enhorabuena, el “Tratado de géneros, derechos y justicia”, editado por Rubinzal-Culzoni, llega de la mano de sus directoras, Marisa Herrera, Silvia E. Fernández y Natalia de la Torre, y de su coordinadora general, Carolina Videtta, a saldar esa deuda.

He tenido en mis manos solo una parte (una muy buena, por cierto) de esa obra colectiva. Me refiero al libro, integrante del tratado, intitulado “Derecho del trabajo”, coordinado por Gabriela A. Vázquez y María Eugenia Plaza, y al que dotan de contenido un elenco numeroso de autoras y autores, provenientes, principalmente (aunque no de manera exclusiva) de la ciencia del derecho.

El tomo está compuesto por una introducción, a cargo de Gabriela Vázquez, y veintitrés capítulos que abordan los más diversos temas, propios de la cuestión de géneros en el mundo del trabajo.

Von Iherig, en su célebre obra “La lucha por el Derecho”, afirmaba que “[l]a idea del derecho es una idea práctica, es decir, una idea no puramente especulativa, sino que tiende a un fin. Pero todo concepto de esa naturaleza es, por esencia, doble. En su seno acoge la oposición del fin y del medio. Por lo tanto, no es suficiente hablar del fin; es preciso exponer al mismo tiempo el medio para llegar a él (...). No hay definición de un título jurídico, por ejemplo, de la propiedad o de las obligaciones que no ofrezca necesariamente un doble aspecto. Por un lado, nos enseña el fin que se propone; por otra parte, nos indica los medios para llegar a aquél. Pero, no obstante, las múltiples y variadas formas que en apariencia pueda tener el medio, en substancia este se reduce siempre a la lucha

\* Docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho, UBA). Especialista en Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho, UBA). Coordinador de la Delegación Argentina de la Sección de Jóvenes Juristas de la SIDTSS.

contra la injusticia. El concepto del derecho encierra en sí una verdadera antítesis, las oposiciones de la lucha y de la paz; aquellas con el carácter de medio; la paz, como fin. Ambas son inherentes al concepto del derecho e inseparables de este”<sup>1</sup>. Creo que esta idea ilustra muy bien el espíritu de la obra en recensión, en todo sentido. Es la consecuencia de una lucha, de larga data, por los derechos de las mujeres y de los colectivos LGTBIQ+. Es, en sí misma, la lucha de sus autoras. Es la invitación a recorrer el camino que conduce al fin propuesto. Es el fin que propone y los medios para alcanzarlo. Es la lucha y la paz.

El propio título del libro invita a leerlo. Procuraré, no obstante, y aprovechando la extensión que se me ha concedido para realizar esta recensión, dar una pincelada sobre los contenidos y los estudios que encontrarán en la obra, precisando los temas que han sido, allí, objeto del análisis.

La obra, luego de su introducción, contiene una primera reflexión sobre la construcción histórica del derecho y el rol que se le ha asignado a la mujer en el mercado de trabajo, a cargo de Victoria Flores Beltrán y Victoria Buigo. Se completa, luego, con el análisis específico de algunas problemáticas, que ponen de manifiesto la incidencia que ha tenido el derecho positivo en aquella idea histórica, y que se constituye, hoy, en un valladar que dificulta su deconstrucción, en pos de lograr el reconocimiento de los derechos de las mujeres y de las personas LGTBIQ. Es el caso del capítulo a cargo de Nora Goren y David Trajtemberg, quienes destacan cómo algunas normas laborales, heterónomas y autónomas, han incidido en la brecha salarial entre varones y mujeres en el mercado de trabajo (v.gr., en lo que hace a la antigüedad de la mujer, asignaciones no remunerativas durante la licencia, etc.). Estudio, este, que se complementa con el capítulo de autoría de Enrique Catani, quien realiza un análisis de la legislación del trabajo e indica que sus normas, muchas veces, reproducen las desigualdades e, inclusive, las amplían (ver p. 98).

David Ángel Perini, a su turno, aborda detalladamente la problemática en el ámbito del empleo público, a la vez que refiere a algunas políticas con perspectiva de género llevadas a cabo en ese sector.

Por otra parte, Julieta Lobato se ocupa del estudio de las cuestiones de géneros en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su dimensión universal y regional, destacando a la OIT, “pionera en nombrar y regular la discriminación contra las mujeres” (p. 39). Realiza, no obstante, una crítica al “androcentrismo de origen” que poseen los organismos internacionales productores de normas, y que ha tenido como corolario un sistema de protección que carece de la necesaria transversalidad que la problemática en cuestión requiere (p. 44).

Marina Pisacco, profundiza sobre el sistema de NIT de la OIT, ahondando sobre su correcta aplicación en el derecho interno. Concluye, entre otras cosas, que “[n]inguno de los tratados internacionales de derechos humanos incluye

<sup>1</sup> VON IHERING, Rudolf, “La lucha por el derecho”, Ed. Atlántida, Buenos Aires, 1963, trad. L. M. de Cádiz, 2<sup>a</sup> ed., ps. 35 y 36.

una mención expresa a los motivos SOGIESC. Y tampoco lo hace el Convenio 111 de la OIT, que condena cualquier distinción, exclusión o preferencia por causa del sexo” (p. 79). Empero, destaca que la propia “CEACR hizo hincapié en [el] carácter dinámico y cambiante de la discriminación y a la necesidad de aportar nuevas respuestas” (*ibid.*).

Luisa G. Contino, en su capítulo, se ocupa de la segregación laboral que sufren las mujeres, y analiza las acciones positivas, en la experiencia estadounidense, en la Unión Europea y, finalmente, en la Argentina, concluyendo que “la doctrina y la jurisprudencia han avanzado en materia de discriminación en cuestiones de género, más que la propia legislación en particular” (p. 309).

Mónica Pinotti se aboca al estudio del derecho de familia y el derecho del trabajo, deteniéndose en la necesaria ampliación de licencias parentales, en el concepto de “maternidad” y en las discriminaciones consagradas normativamente en cuanto a la adopción (ver ps. 119 y 120).

Luego, Liliana Litterio discurre sobre las “responsabilidades familiares y licencias paternas”, llamando la atención sobre las nuevas estructuras familiares y su recepción normativa en el Código Civil y Comercial. La autora expresa la necesidad de modificar la LCT, haciendo notar, empero, una posible solución (transitoria) a través de la negociación colectiva (p. 201). Propone, asimismo, una financiación de las licencias a través del subsistema de asignaciones familiares (p. 202). Afirma, de manera inobjetable, que “mientras tengamos en la LCT una licencia por paternidad biológica de dos días o tres cuanto mucho (...), no tengamos licencia alguna a otorgar a los comitentes en caso de gestación por sustitución, no sepamos qué licencia le puede corresponder a cada uno de los progenitores en el supuesto de que sean del mismo sexo (...) o se siga desconociendo legalmente una licencia por adopción a la mujer y al varón, no podemos hablar con seriedad del ejercicio responsable de las obligaciones familiares armonizado con las laborales” (p. 196).

María Eugenia Plaza analiza especialmente “la búsqueda de la maternidad”, a través de técnicas de fertilización asistida (p. 171), dando cuenta de la falta de adecuación, a ese respecto, de la LCT. Apela a una interpretación dinámica de las normas existentes, realizando un enriquecedor estudio de la jurisprudencia nacional y comparada (ps. 176 y ss.). La autora culmina su trabajo aportando posibles soluciones a dicha problemática, *de lege lata* y *de lege ferenda* (ps. 182 y 183).

Victoria Dormal Bosch, en su capítulo intitulado “Trabajo y maternidad”, expresa, respecto al título VII de la LCT, sobre el trabajo de mujeres, que “si bien la ley fue en su momento una normativa de avanzada (...) cuarenta y cinco años después de su sanción, existen diversas cuestiones que necesitan una imperiosa revisión” (p. 155). Destaca, con cita de Guibourg, que, en este estado de cosas, “la lucha por los derechos (...) ha escapado a las fuentes formales y tiene por resultado una transferencia de poderes de legisladores a los jueces” (p. 164).

Por su parte, Gloria Pasten analiza la figura del “despido por matrimonio”, realizando una crítica al plenario “Dewes” y, de algún modo, anticipando el fallo “Puig” de la CS (ps. 151 y 152). La autora se refiere a las modificaciones del Código Civil y Comercial, en cuanto al cambio de concepción sobre el matrimonio y la familia, y a la valoración económica del llamado “trabajo reproductivo” (p. 149).

Graciela Craig, en su capítulo, analiza los conceptos de acoso moral y *mobbing*. Precisa las diferencias entre lo que es y lo que no es “acoso”, dando cuenta de las líneas difusas que dividen al acoso de otras prácticas o problemáticas frecuentes en el trabajo. La autora critica que, para sustentar las decisiones judiciales sobre violencia de género en el mundo del trabajo, muchas veces se soslaya la ley 26.485 (v.gr., en el fallo “Sisnero” de la CS, con relación a la responsabilidad precontractual).

Laura Castagnino se ocupa del “acoso sexual” en el trabajo, dando cuenta de que se trata de una problemática especialmente femenina (p. 231). Destaca que “el acoso sexual constituye un modo de violencia por razón de género”, sustentando su afirmación en el flamante convenio 190 de la OIT. Castagnino realiza un análisis de las normas de aplicación en el derecho interno, para sostener, a partir de allí, que el acoso sexual en el trabajo es, además, un ilícito contractual. Luego, estudia la responsabilidad por daños producto de dicho ilícito, en los términos del nuevo art. 75 de la LCT y del Código Civil y Comercial, y propone avanzar en la elaboración de una legislación nacional integral sobre el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia (p. 262).

Liliana Picón estudia la “violencia de género en el ámbito laboral”, desde la óptica del “derecho a la prevención del daño”, consagrado de manera expresa en el Código Civil y Comercial. Concluye, con cita de la recomendación 33 del CEDAW, que la buena calidad de los sistemas de justicia requiere que se enmarquen en un contexto dinámico, de participación y abierto a las medidas innovadoras, prácticas sensibles a las cuestiones de género, acordes a las crecientes demandas que plantean las mujeres (p. 402).

A su turno, Andrea García Vior se refiere al “ausentismo femenino y costos asociados”. Explica que más allá de algunos “factores observables” (como la edad, la educación, las responsabilidades familiares, etc.), en el mercado de trabajo persisten diferenciaciones entre la mujer y el varón, que obedecen a “factores no observables” (los sesgos inconscientes, los estereotipos, la discriminación —p. 267—). Luego, se propone desmitificar los supuestos problemas asociados el género femenino, vinculados a la creencia de que las mujeres poseen menos capacitación que los varones, que incurren en un mayor ausentismo y que generan mayores costos de contratación (“costos asociados”). Para ello, realiza un análisis profundo sobre la temática, que sustenta con serios datos estadísticos.

Por otra parte, Gabriela Vázquez realiza un enriquecedor estudio sobre qué es “juzgar con perspectiva de género”. Explica que no alcanza con conocer

la normativa vigente y jurisprudencia, sino que es necesario desarrollar “habilidades que faciliten la identificación de situaciones que, aunque involucran discriminación por razón de género, nos suelen pasar inadvertidas porque las captamos como algo natural, aunque no lo sean” (p. 325), sustentando esta afirmación con la decisión de la Corte IDH, en el caso “González y otras (*Campo algodonero*) vs. México” (p. 327). Expresa, además, la importancia de no ceñir la problemática al caso de las mujeres, sino que es necesario considerar, también, a los colectivos LGTBIQ.

Vázquez realiza un llamado de atención en cuanto a la necesidad de evitar, en el ámbito de la justicia, la revictimización de la persona que ha sufrido discriminación en razón de sexo o género (p. 325). La autora coloca en un lugar central de su análisis, la necesaria y correcta aplicación de la ley 26.485, “como herramienta potenciadora de las buenas prácticas judiciales” (ps. 350 y ss.), el necesario conocimiento de las decisiones de la Corte IDH, las sentencias de la CS y los dictámenes de la Procuración General de la Nación, advirtiendo anticipadamente la importancia que tendría la decisión del Máximo Tribunal en el caso “Puig c. Minería Santa Cruz SA” (p. 380). Concluye la autora que “los elementos que surgen de una causa deben ser leídos e interpretados dentro del contexto de desigualdad estructural en el que transcurren” (p. 382).

Laura Soage estudia las cuestiones problemáticas vinculadas a la actividad probatoria en casos de violencia de género en el ámbito del trabajo. Reflexiona sobre la prueba indiciaria propia de las contiendas que versan sobre actos discriminatorios, sobre la distribución de la carga probatoria, y especifica cuáles son los posibles medios de prueba para producir un indicio suficiente de discriminación.

Claudia Priore se ocupa del trabajo de las mujeres con discapacidad, dando cuenta de que los estereotipos sociales sobre las mujeres y sobre las personas con discapacidad someten a este concreto colectivo a una doble discriminación (p. 474).

María Laura Altamiranda, en su capítulo “Mujer y delito”, pone de resalto, por un lado, las discriminaciones de las que han sido (y aún son) víctimas las mujeres en torno del delito. Destaca, no obstante, la evolución alcanzada en algunos sectores —v.gr., el acceso de mujeres a cargos jerárquicos, en el ámbito del servicio penitenciario—. La autora concluye que es necesario iniciar un “círculo virtuoso”, que produzca los cambios necesarios para erradicar esas formas de discriminación, apelando al compromiso de los operadores de justicia, de quienes tienen a su cargo la conducción de las políticas públicas, y de la sociedad en su conjunto.

Paula Nievas Ibáñez y María Belén Sotelo analizan la participación de las mujeres en las organizaciones sindicales, resaltando los obstáculos normativos para una mejor y mayor inserción de la mujer en el ámbito sindical. Destacan la falta de cumplimiento de normas que disponen acciones positivas, como es la Ley de Cupo Sindical Femenino. Este análisis se complementa con el de Pa-

tricia Sáenz, quien estudia una posible solución a la problemática de géneros en el mundo del trabajo, a través de la negociación colectiva. Expresa que algunos CCT reconocen derechos de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género, a la vez que discurre sobre las posibles materias negociales, vinculadas a la temática, que son necesarias explorar.

Finalmente, Victoria Zappino Vulcano analiza el derrotero del proceso de profesionalización del fútbol femenino, señalando, empero, que “la escena actual del fútbol femenino conserva incólume su vetusta estructura” (p. 526). Explica que el “Régimen Jurídico de Profesionalización del Fútbol Femenino” dispone una “transferencia de contenidos” de la CCT 557/2009 a las futbolistas que participen en el “Torneo de Primera División Profesional Femenino”, pero sin que haya habido una adecuación de sus preceptos a ese concreto ámbito (p. 532).

La obra comentada resalta no solo por la riqueza de su contenido, sino, también, por su oportunidad. Es que surge en un contexto de indudable tránsito hacia un cambio de paradigma, que impone, por supuesto, una transformación del Derecho.

El *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia (Derecho del Trabajo)* no parece haber sido concebido simplemente como un material de consulta; es más que eso. Pero, sin dudas, se constituirá en una de las más importantes fuentes de información, para forjar la ya tardía y necesaria renovación del ordenamiento jurídico laboral.

MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *HUMANOS Y ROBOTS: EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO EN LA ERA TECNOLÓGICA*, ALBACETE, 1<sup>a</sup> ED. BOMARZO, 2020 \*

Por MARTÍN FEDERICO GOLCMAN \*\*

El título del libro ya permite advertir la actualidad del tema, en un trabajo que —como anticipa su prefacio— es el producto de un concienzudo trabajo de investigación. “Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica” es un estudio sobre los procesos de digitalización en el mundo del trabajo; proporciona datos concretos que brindan sustento empírico a las afirmaciones y las reflexiones sobre el empleo, la educación, la formación profesional y las condiciones de laborales en los tiempos de cambios tecnológicos que se describen. También se formulan lineamientos y consideraciones en clave propositiva, a fin de afrontar sus consecuencias sin caer en lo que se denomina como “determinismo tecnológico” <sup>1</sup>.

En virtud de esto último, se sostiene decididamente que “no será la tecnología la que determine el destino de los humanos, sino los humanos los que determinemos el destino y las consecuencias de la tecnología” <sup>2</sup>. Con ello, se apunta a la capacidad que tienen las comunidades para establecer políticas que permitan corregir el curso de este tipo de fenomenología. Son los poderes públicos, los actores sociales y la sociedad en su conjunto quienes podrán tomar las decisiones necesarias para valorar los adelantos técnicos y generar estrategias que gradúen sus externalidades negativas.

La autora reconoce en la bibliografía sobre el tema en tratamiento cuatro distintos enfoques <sup>3</sup>. El primero de ellos pone énfasis en reconocer cuáles son los empleos que más rápidamente dejarán de existir o cuáles se verán más comprometidos; el segundo, relacionado con la educación y la formación, supone

\* Se trata de la investigación realizada en el transcurso del Proyecto de Investigación Digitalización y Trabajo: “El impacto de la economía 4.0 sobre el empleo, las relaciones laborales y la protección social (DER2017-82444-R)”, financiado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, España.

\*\* Docente de la Cátedra de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, UBA.

<sup>1</sup> Ps. 11-12.

<sup>2</sup> P. 12.

<sup>3</sup> P. 13.

identificar las aptitudes que serán requeridas para los “trabajos del futuro”, a fin de fortalecer la capacidad de los trabajadores respecto de ellos; una tercera dimensión refiere a las instituciones y a las políticas públicas que pueden influir en el porvenir del trabajo humano en la era tecnológica; y el cuarto se trata de la investigación sobre los cambios más profundos de la revolución tecnológica, en sus facetas económicas, la afectación de las relaciones laborales y la protección social. Para desarrollar su propio análisis, sin embargo, esta obra propone una combinación de estas cuatro perspectivas, asumiendo así una labor más compleja que ofrece al lector un abordaje integral.

Haciendo gala de su cualidad como académica y jurista, pero también dejando notar su experiencia en la función pública, María Luz Rodríguez Fernández desarrolla los elementos señalados de manera sólida y comprometida. Lo primero, debido a la constante referencia a estudios cuantitativos y cualitativos, así como estadísticas y datos concretos, a veces incluso ilustrados mediante gráficos y cuadros, que brindan un apoyo científico firme. Lo segundo, por la señera inclusión de premisas, propuestas y conclusiones que bien podrían aprovecharse para servir como base para trazar políticas públicas o para diseñar medidas sociales y económicas capaces de encausar los cambios en el mundo del trabajo.

La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, reconociendo las transformaciones radicales que son impulsadas por las innovaciones tecnológicas, exhorta a los miembros a fomentar el “crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos a través de: (...) políticas y medidas que permitan (...) responder a los retos y las oportunidades que plantea la transformación digital del trabajo” <sup>4</sup>. El contenido del libro en recensión, alineado con estos objetivos, es una ineludible contribución para ello.

El foco de su exploración, por supuesto, está puesto en el Reino de España, y el punto de comparación que le sirve de referencia es el enclave de la Unión Europea. Ello en forma alguna le resta valor al texto para los lectores de otras latitudes. Por el contrario, incluso con un enfoque local, se lo encuentra certero en sus dilucidaciones y riguroso en su análisis. Por tal motivo, habrá de admitirse que muchas de sus apreciaciones pueden valorarse tan globales como el fenómeno en sí mismo.

Se deriva de ello que muchas de sus definiciones, conclusiones o propuestas, por considerarlas comunes al trabajo en la actualidad, se podrían simplemente transpolar a cualquier país. Por otra parte, también pone en evidencia la necesidad de contar con datos concretos sobre los aspectos económicos y sociales de cada país o región que pretenda afrontar seriamente los problemas que sobrevendrán al mundo del trabajo en la era digital. Solo así es posible establecer, como lo hace

<sup>4</sup> Punto III.C.v) de la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 21/06/2019. Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_711699.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf) (consultado 14/04/2021).

el texto que aquí se comenta, cuál es el estado actual en materia de empleo y qué grado de formación y educación en competencias digitales existe, para luego entrecruzar esta información y, a la postre, evaluar cómo se verán commovidas las estructuras productivas, sociales, económicas y laborales en una determinada geografía.

La obra está compuesta de diez capítulos. El primero, introductorio, explica el objeto de estudio y establece los puntos de partida para su análisis, expresando algunas de las ideas ya expresadas precedentemente. Luego, se avanza sobre la relación entre el empleo y la educación y formación. Ello será un *leitmotiv* que recorre el libro transversalmente. Los caps. 2 a 5 así lo hacen, y ponen mayor énfasis en las cuestiones relativas al empleo y las capacidades de adaptación a los cambios de las personas en actividad; por su parte, los caps. 6 a 8 focalizan sobre la formación y la educación de la fuerza de trabajo. Los caps. 9 y 10 se integran ya respecto de aspectos propios al derecho y a las relaciones laborales. En estos últimos se aprecia la capacidad del contrato de trabajo de contener las relaciones laborales que se tejen en la era digital y el lugar que ocupan los actores sociales clásicos (el sindicato), así como los efectos sobre el tiempo de trabajo y la salud de las personas que trabajan en la “sociedad hiperconectada”.

A lo largo de su cometido, la autora no se priva de ofrecer pautas para delinear las políticas públicas que entiende necesarias para arribar al anunciado objetivo inicial: preparar a la población trabajadora para los cambios tecnológicos actuales y para el trabajo del futuro.

Entre todo ello, se destaca la especial atención a dos problemáticas de profunda sensibilidad social: la desigualdad de género y la desigualdad de oportunidades.

La cuestión de género está presente al momento de evaluar las fluctuaciones en el empleo, incluyendo el rol de la mujer en la llamada economía de los cuidados, pues se trata de un sector en crecimiento ante el envejecimiento de la población (aunque disguste el dato, siguen siendo las mujeres quienes con más frecuencia asumen las tareas de cuidado)<sup>5</sup>. Asimismo, se señala que las nuevas tecnologías han permitido el acceso a trabajos mediante el solo uso de una computadora y acceso a internet, desde cualquier lugar y en cualquier horario, brindando posibilidades de empleo a grupos que estaban limitados respecto de los trabajos convencionales por distintas razones —atendiendo aquí a la mayor dificultad expresada por las mujeres para conciliar las vidas profesionales y privadas<sup>6</sup>—. Con igual preocupación, se hace referencia a la brecha que existe entre los hombres y las mujeres que enfocan sus estudios universitarios y/o su formación profesional

<sup>5</sup> P. 30.

<sup>6</sup> P. 104.

en estudios STEM <sup>7</sup> o en informática y comunicaciones, distancia que luego se traslada al mercado de trabajo <sup>8</sup>.

Respecto de la desigualdad de oportunidades, se enfatiza sobre el riesgo de los sectores de trabajadores de baja cualificación, por tratarse de quienes tienen mayor propensión a ver que sus empleos son reemplazados por la tecnología <sup>9</sup>, mientras resultan ser estas las personas más refractarias a la formación digital <sup>10</sup>. En este mismo orden, en un espacio donde conviven diferentes modelos educativos y distintas metodologías de enseñanza, se considera necesario asegurar políticas públicas que se aboquen al uso de la tecnología en todos ellos, a fin de lograr que los efectos buscados se logren en todos los contextos por igual <sup>11</sup>. También se resalta la desigual oportunidad de formación profesional que se obtiene en función del tipo de empresa empleadora, pues son las grandes empresas las que ofrecen mayores probabilidades de acceder a proyectos de formación digital a sus empleados <sup>12</sup>.

Con todo lo dicho hasta aquí, es claro que uno de los desafíos esenciales es adaptar la cualificación de la fuerza de trabajo a los requerimientos que impone la transformación tecnológica. A ello deben abocarse, entre otros actores sociales y políticos, las propias empresas, en tanto su propia competitividad es la que está en juego <sup>13</sup>, y las organizaciones de trabajadores <sup>14</sup>.

Por cierto, tan ricas como el desarrollo de los temas destacados hasta aquí son las propuestas que se formulan en la obra, y algunas de ellas serán mencionadas aquí.

La primera de ellas importa una reforma del sistema educativo, desarrollando competencias que se ajusten a la era digital desde edades muy tempranas <sup>15</sup>; junto con ello, ha de considerarse también que las mejoras en las condiciones de trabajo en un sector determinado o en función de los niveles educativos logrados, también sirven de incentivos para lograr cambios de tendencias entre la población para dirigirla a determinados procesos de estudio y formación <sup>16</sup>.

Desde una óptica económica y empresarial, hay algunos desafíos que se deben afrontar. Sería necesario establecer políticas públicas, incluyendo incentivos fiscales o de otra índole, para que las empresas crezcan y que su crecimiento

<sup>7</sup> En referencia a los estudios en ciencias, ingeniería, tecnología y matemáticas, llamado así por su acrónimo en inglés: Science, Technology, Engineering, Mathematics.

<sup>8</sup> Ps. 61-67

<sup>9</sup> Ps. 17-19.

<sup>10</sup> P. 85.

<sup>11</sup> P. 25.

<sup>12</sup> Ps. 77-78.

<sup>13</sup> P. 69.

<sup>14</sup> P. 101.

<sup>15</sup> P. 24.

<sup>16</sup> P. 27.

acompañé el desarrollo de la digitalización de las pymes. Además, generar una estructura productiva con mayor incidencia de las actividades tecnológicas, e incrementar la inversión en investigación, desarrollo e innovación<sup>17</sup>.

Ante la necesidad de emprender medidas para equilibrar las desigualdades de género y de oportunidades ya señaladas, habrían de incrementarse los esfuerzos para organizar acciones de formación digital en los sectores con más dificultades para acceder a ella. Estas no pueden ser consecuencia solamente del modelo productivo actual, sino parte de una visión a más largo plazo de lo que se espera para el futuro<sup>18</sup>. Esta formación, por ejemplo, podría tener lugar mediante la implementación de un “cheque formación” dirigido a este tipo de competencias, atendiendo y financiando con ello a los sectores más afectados (mujeres y trabajadores de menor cualificación), o poner en marcha cuentas individuales de formación y utilizar la tecnología *blockchain* para acreditarlas<sup>19</sup>.

No ajenos a los cambios tecnológicos, las organizaciones representativas de los trabajadores también deberían revisar sus objetivos en torno de las acciones sindicales dirigidas a los poderes públicos o en el contenido de la negociación colectiva. La crisis de representación, en todo caso, podría verse superada por una readecuación en el modo de ejercer el sindicalismo, el establecimiento de redes de trabajadores (por oposición a organizaciones jerarquizadas), la ampliación de su base representativa para incluir a los trabajadores dependientes tanto como a los autónomos, y fomentar estrategias digitales haciendo uso de las herramientas tecnológicas<sup>20</sup>. Entre otras pautas, el texto incluye algunos contenidos a considerar al momento de negociar colectivamente, como planes para la formación en nuevas competencias, estrategias sobre el teletrabajo, el derecho a la desconexión digital, la prevención de los “nuevos” riesgos del trabajo, la protección de datos y de la privacidad de los trabajadores, la transparencia en el empleo de algoritmos o en el empleo de dispositivos digitales, y la limitación de las maniobras de gamificación del trabajo o de la opinión de los consumidores en la supervisión del trabajo.

El contrato de trabajo es, en el derecho social, un instrumento central para la atribución de protección laboral y para el acceso a ciertas prestaciones de la seguridad social. Así pues, la autora insiste en la conveniencia de esta figura para el establecimiento del ámbito de aplicación subjetivo de ciertos derechos, confiada en su capacidad de adaptación, y se considera posible encontrar el modo de reconducir las modalidades contractuales atípicas para que quepan bajo su cobertura<sup>21</sup>. Por otra parte, sería posible adaptar algunos derechos de origen laboral, que son hoy considerados derechos fundamentales, para que puedan tener una titularidad subjetiva universal. Estos, entonces, podrían ser sustraídos del marco exclusivo de

<sup>17</sup> Ps. 48-49.

<sup>18</sup> P. 84.

<sup>19</sup> P. 87.

<sup>20</sup> Ps. 100-102.

<sup>21</sup> P. 91.

la relación dependiente típica para enfocarse en un mínimo de derechos que igualen en costos el trabajo subordinado y el trabajo en condiciones de autonomía <sup>22</sup> y reconocer derechos laborales y de protección social independientemente de la calificación del vínculo contractual a través del cual se trabaja <sup>23</sup>.

Por añadidura, se evalúa la idea de establecer una renta mínima o una renta universal en aquellos casos en los que resulta imposible reencausar la actividad productiva ante la pérdida de puestos de trabajo <sup>24</sup>. Alternativamente, se sugiere sobre la posibilidad de encontrar una renta para este segmento de la población, a través de la provisión de los datos necesarios para alimentar la inteligencia artificial, a cambio de una remuneración, entendiendo que la economía de datos puede ser una nueva fuente de trabajo humano. Para ello sería menester ahondar en el estudio de los mecanismos de evaluación de los datos que sean recabados de tal modo, así como su cuantificación económica <sup>25</sup>.

En último término, el libro repara en la afectación de la jornada laboral y la salud de quien presta servicios en este contexto. Prevalece en el primer aspecto el derecho a la desconexión digital, aun admitiendo que existe también un reclamo —especialmente entre los jóvenes <sup>26</sup>— de mayor flexibilidad horaria por parte del sector trabajador. Empero, ello no puede implicar la intensificación de la jornada de trabajo más allá de los límites razonables <sup>27</sup>. Y entre los nuevos riesgos del trabajo, se considera que la robotización de la producción de bienes y servicios podría causar un daño físico causado por la interacción con máquinas, la intensificación del trabajo humano al ritmo de los robots y los desajustes emocionales que puedan resultar de la interacción entre las personas y las computadoras (estrés, ansiedad, depresión, etc.). Las personas que se desempeñan en entornos digitalizados podrían sufrir otras afecciones, como aquellas propias a una vida sedentaria, problemas ergonómicos u oftalmológicos, y la sobrecarga de información e hiperconectividad <sup>28</sup>.

Con todo lo expuesto hasta aquí, solo resulta posible concluir que la obra ha conseguido encarar la problemática de las innovaciones tecnológicas en el mundo del trabajo desde una óptica compleja y multidimensional. Se trata de una pieza bibliográfica señera y concluyente, que desde el principio y hasta el final está delineada hacia una misma dirección: analizar el empleo y las condiciones de trabajo en la era digital, a fin de estudiar cómo se habrá de adaptar la sociedad a los cambios que se producen en su propio seno, para que sea esta la que defina el rumbo al que se dirige y el camino por el que transita.

<sup>22</sup> Ps. 95-96.

<sup>23</sup> P. 100.

<sup>24</sup> P. 101.

<sup>25</sup> Ps. 99-100.

<sup>26</sup> P. 105.

<sup>27</sup> P. 106.

<sup>28</sup> Ps. 119-120.

CARMELO MESA-LAGO, *EVALUACIÓN DE CUATRO DÉCADAS DE PRIVATIZACIÓN DE PENSIONES EN AMÉRICA LATINA (1980-2020): PROMESAS Y REALIDADES*, CIUDAD DE MÉXICO, ED. FUNDACIÓN FRIEDRICH EBERT, 2020

Por ADRIÁN O. GOLDIN

Carmelo Mesa Lago nació en Cuba en 1934 y enseñó Economía y Estudios Latinoamericanos en la Universidad de Pittsburgh desde 1999 donde alcanzó la categoría de profesor distinguido emérito de Economía y Estudios Latinoamericanos; su carrera académica incluye, entre otras experiencias, su desempeño como profesor visitante en la Universidad de Oxford, en el Instituto Max Plank de Derecho Social Internacional (Múnich) y en el Instituto Torcuato Di Tella de Buenos Aires. Ha escrito o editado más de 70 libros sobre economía de la seguridad social y la salud en América Latina, y es en función de la calidad de esa tarea que no es una audacia considerarlo el más destacado especialista en los sistemas latinoamericanos de seguridad social. En el año 2007, el Instituto Internacional de Estudios Laborales de la OIT le concedió su primer premio anual a la Investigación sobre Trabajo Decente en forma compartida con quien fuera presidente sudafricano y premio Nobel de la Paz, Nelson Mandela.

En la obra cuya recensión ofrezco en esta oportunidad, el Prof. Carmelo Mesa-Lago aborda el estudio de las reformas estructurales de sus sistemas de pensiones que llevaron adelante entre 1981 y 2008 once países latinoamericanos y que cambiaron total o parcialmente sus sistemas nacionales de prestación definida, reparto y administración pública por otros de contribución definida, capitalización individual y administración privada. En menos palabras, transitaron desde sus *sistemas públicos* de pensiones a otros tantos *sistemas privados* de diversos alcances.

En algunos casos (Chile, 1981; Bolivia y México, 1997; El Salvador, 1998; República Dominicana, 2003) la reforma implicó una total privatización de esos regímenes; en otros, se mantuvo el sistema público como un pilar y se agregó un segundo pilar privado (Argentina, 1994; Uruguay, 1996; Costa Rica, 2001; Panamá, 2008), mientras que Perú y Colombia mantuvieron el sistema público y agregaron un sistema privado ambos en competencia entre sí. Entre estos regímenes, el argentino y el boliviano fueron ulteriormente reestatizados,

en tanto que el chileno fue reformado en 2008 mediante una modificación que incorporó criterios solidarios.

En ese marco, Mesa-Lago evalúa el desempeño de los sistemas privados latinoamericanos entre 1999 y 2019, por tratarse de períodos sobre los que se ha dispuesto de información comparable, eligiendo como términos de comparación la cobertura de la población económicamente activa y la población mayor a 65 años, el grado de solidaridad social alcanzado (incluso en materia de género), la suficiencia de las prestaciones, el modo de administración y sus costos y la sostenibilidad financiera y actuarial de los diversos sistemas. Bien entendido, los países evaluados poseen —y son debidamente considerados por el autor— grados de desarrollo diverso y también coberturas diversas (hasta el 89% los países de mayor desarrollo relativo —el caso de Chile— y por debajo del 20% en los de desarrollo menor tales como República Dominicana y El Salvador). Solo en tres países la cobertura no alcanza al 50%.

En una visión crítica de los sistemas privados, Mesa-Lago cuestiona la ausencia de ejercicios de solidaridad social y de equidad de género —las cuentas individuales son de propiedad del asegurado y no hay transferencias entre generaciones, grupos de ingreso o géneros— y la insuficiencia de las tasas de reemplazo que, señala el autor, resultaron muy inferiores a las comprometidas (por ejemplo, en cinco de los sistemas examinados las tasas de reemplazo son inferiores al 45% fijado como mínimo por la OIT). Se cuestiona también el alto costo administrativo de los sistemas y la desmesurada rentabilidad de las administradoras teniendo en cuenta, en especial, que por cada punto porcentual de comisión que se cobra durante la vida activa del asegurado el monto de la pensión futura se reduce en un 20%. El autor afirma, además, que, pese al pretendido papel subsidiario adjudicado al Estado en los sistemas privados, su rol ha sido fundamental: hace obligatoria la afiliación al sistema, financia el costo de transición, introduce o expande las pensiones no contributivas y las financia, hace aportes para mejorar las pensiones contributivas bajas, financia medidas de inclusión en el sistema contributivo para ciertos grupos excluidos, y regula o supervisa el sistema privado. Por añadidura, Mesa-Lago destaca que no se logró un desempeño relevante de la competencia entre las administradoras cuyo número, señala, ha mermado notablemente.

Es cierto, no obstante, que el procesamiento de las pensiones se ha acelerado de modo manifiesto en razón de que las cuentas individuales están permanentemente actualizadas y que los fondos de pensiones han crecido fuertemente, incrementando su incidencia porcentual en el PIB entre 3 y 22 puntos porcentuales entre 2004 y 2019. Su inversión se concentra en deuda estatal, inversión extranjera y depósitos bancarios, aunque poco en acciones nacionales. Los rendimientos de esas inversiones no son satisfactorios lo cual, sostiene Mesa-Lago, augura nuevas reformas en América Latina.

La obra concluye con un conjunto extenso y minucioso de recomendaciones que, habida cuenta del prestigio e influencia del autor, tendrán seguramente

alta importancia para los responsables del tratamiento y revisión de estas legislaciones. Entre ellas, y solo a modo de ejemplo, la necesidad de expandir la solidaridad social, mejorar la equidad de género, incrementar la suficiencia de las prestaciones, perfeccionar la administración de los fondos al tiempo que se procura la reducción de sus costos y asegurar una supervisión unificada de los sistemas, con independencia real y poder efectivo. También, tender a la ampliación de la cobertura, integrar los regímenes especiales de privilegio, crear un clima más atractivo para el ahorro voluntario adicional y restringir la extracción de fondos de las cuentas individuales.



## PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

## PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editorial, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Se recomienda su publicación.
- b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.
- c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

## REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

## PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo

tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo \*, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

\* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo \* (o \*\* en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espacioado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la

autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

*Libros*

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

*Artículos de Revistas*

MUÑOZ BRAVO, Tomás, ‘Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional’ en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, Nº 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

*Capítulos de libros*

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

*Material de internet*

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en

programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

**TÍTULO GENERAL** (Mayúscula y centrado)

Por **NOMBRE AUTOR**

**Resumen:**

**Palabras clave:**

**TÍTULO GENERAL EN INGLÉS** (Mayúscula y centrado)

**Abstract:**

**Keywords:**

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

*1.1. Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

*1.1.1. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

*1.1.2. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

## DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

**Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: [dpública@derecho.uba.ar](mailto:dpública@derecho.uba.ar)**



## GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

## EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.
2. The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
  - b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
  - c) Recommendation of rejection.
3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise

or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

## REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

## STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol \* after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

\*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol \* (or \*\* in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and

page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

*Books*

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

*Articles in Journal*

MUÑOZ BRAVO, Tomás “Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

*Book Chapters*

BOTHE, Michael. “The WHO Request”, in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

*Websites*

ZEGVELD, Liesbeth. “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

**TITLE** (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

**Abstract:**

**Keywords:**

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

**Resumen:**

**Palabras clave:**

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

*1.1. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

*1.1.1. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

*1.1.2. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

## PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

**For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us:** [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar).

