

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

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

Directores Científicos

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

Comité de Gestión Editorial

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

Comité de Redacción

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

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

ÍNDICE

Artículos

Oscar Zavala Gamboa, *El poder del empleador como elemento distintivo de la relación laboral*.....**1**

Adrián Todolí Signes, *La retribución por vacaciones en los Convenios Internacionales de la OIT: El caso de España y Brasil*.....**21**

Omar Ernesto Castro Güiza, *Informalidad y trabajo decente en Colombia: análisis desde la perspectiva de género*.....**38**

Comentarios

Alfredo Sánchez-Castañeda, *La Legislación Laboral Mexicana: ¿flexibilidad del legislador y seguridad del juzgador?*.....**55**

César Abanto Revilla, *Un intento de adecuación de las bases de la seguridad social al sistema privado de pensiones en el Perú*.....**79**

Reseñas Bibliográficas

Paulina Galicia, *Hacia el desarrollo sostenible. Oportunidades de trabajo decente e inclusión social en una economía verde, Una reseña*.....**96**

Adela Noemi Monroy Enriquez, *Los sindicatos en la encrucijada del Siglo XXI. Una reseña*.....**100**

José Alfonso Aparicio Velázquez, *El derecho a la salud: una propuesta para México. Una reseña*.....**103**

El poder del empleador como elemento distintivo de la relación laboral

Oscar ZAVALA GAMBOA*

RESUMEN: Ante los escenarios complejos del mercado laboral queda al margen la visión tradicional del derecho del trabajo que tiene como eje fundamental para configurar la existencia de una relación laboral a la subordinación, misma que se encuentra en un importante predicamento que, en opinión del autor, hace pensar en la necesidad de reformular su carácter de elemento distintivo de la relación de trabajo y considerar el poder del empleador como nuevo elemento para tal determinación.

Palabras clave: Relación laboral; subordinación; poder del empleador.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La relación de trabajo y su cuestionamiento. 3. Nuevas relaciones de trabajo. 4. Poder del empleador y relación laboral. 5. A manera de conclusión. 6. Bibliografía.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Secretario técnico de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Agradezco las aportaciones de José Alfonso Aparicio Velázquez, asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en la realización de este trabajo, cuyos comentarios y disertaciones fueron importantes para las reflexiones que se presentan.

1. Introducción

En la actualidad es posible afirmar la existencia de un nuevo modelo de relaciones laborales, caracterizado – en materia de contratación individual – por una irreversible pérdida de los derechos laborales de los trabajadores, a consecuencia de una aparición paulatina de mecanismos y modalidades que provocan un escenario complejo para determinar un vínculo jurídico – laboral entre quien presta un trabajo y quien lo recibe.

El problema surge, por el nacimiento de las nuevas relaciones de trabajo y por la precariedad de las mismas¹, aunque también es cierto que en algunos casos estas relaciones han servido como una forma de fomentar y facilitar el acceso al empleo de ciertos grupos sociales que en otros momentos y circunstancias habían sido excluidos.

Estos escenarios complejos quedan al margen de la visión tradicional del derecho del trabajo que tiene como eje fundamental para configurar la existencia de una relación laboral a la subordinación, misma que se encuentra en un importante predicamento que hace pensar en la necesidad de reformular su carácter de elemento distintivo de la relación de trabajo para la imputación de derechos y obligaciones derivadas de la prestación de un servicio.

En el presente trabajo trataremos de aportar elementos a una discusión pendiente; es indudable que la noción de subordinación ya no es suficiente para determinar la existencia de una relación de trabajo, por la enorme cantidad de mecanismos para simular y encubrir relaciones laborales, y donde dicha noción no se logra configurar.

Por ese motivo, comenzaremos por cuestionar los elementos clásicos adoptados por el derecho del trabajo, hasta llegar a la propuesta que pretendemos plantear y poner en la mesa de discusión, sobre la idoneidad de analizar un vínculo jurídico-laboral desde la noción de poder del empleador.

2. La relación de trabajo y su cuestionamiento

La relación de trabajo, en cuanto a sus límites y características es objeto de las legislaciones nacionales y de algunas consideraciones internacionales como las proporcionadas en la Recomendación 198 de la Organización

¹ El trabajo precario – término sociológico – es característico en estas nuevas relaciones laborales, generando problemas por la incertidumbre y desprotección de los trabajadores en un entorno tan complicado como el actual.

Internacional del Trabajo; sin embargo y pese al diferente tratamiento que se le ha dado a esta noción en los distintos ordenamientos jurídicos, podemos afirmar que la concepción tradicional tiene matices más o menos uniformes que permiten identificar rasgos comunes.

Para la doctrina tiene una especial importancia el tratamiento dado al tema de la relación de trabajo, donde se ha formado toda una teoría en torno a ella que permite considerarla como la institución fundamental del derecho laboral, cuestión con la que coincidimos plenamente, pues es el origen de una serie de derechos y obligaciones entre trabajadores y empleadores.

A. Características

Al igual que los ordenamientos jurídicos, la doctrina es uniforme en el estudio de los elementos y características de la relación laboral, pues para el derecho del trabajo la existencia de éstos es deseable para la debida protección de los trabajadores, al encontrarse frente a una relación de trabajo “típica”. De igual forma, la doctrina también ha tratado de seguir de cerca la mutación que ha sufrido la relación de trabajo, buscando propuestas que impidan un menoscabo a las prerrogativas y que principalmente frenen la desaparición u ocultamiento de relaciones de trabajo, que son en la actualidad el gran problema expresado en la figura del fraude laboral que tanto se ha tratado de combatir en las diferentes legislaciones.

Para el maestro Mario de la Cueva – uno de los principales tratadistas sobre la teoría de la relación de trabajo – “la relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de derechos sociales, de la Ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley y de sus normas supletorias”².

La relación de trabajo viene a ser el referente de los derechos y obligaciones entre trabajador y empleador (fundamento de la acción del trabajador para el reclamo de sus prestaciones laborales); su existencia es fundamental en la aplicación de la normatividad laboral, pues recordemos que no importa la denominación dada a una prestación de servicios, sino las características de ésta reflejadas en sus elementos constitutivos.

A continuación señalaremos y explicaremos los dos elemento – que a nuestra consideración – caracterizaron a las relaciones de trabajo y que

² Cueva, M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo: Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Porrúa, México, 22ª edición, Tomo I, 2009, p. 187.

hoy en día son objeto de un importante cuestionamiento, al sufrir una transformación tal que ya no son la regla, pues sólo se refieren a la relación laboral “típica”; dejando de lado la adecuada regulación de los vínculos jurídico-laborales que no cumplen plenamente con esas características o cuyos elementos no son identificables; nos referimos a la parte subjetiva de la relación de trabajo (trabajador y empleador) y a lo que denominaremos parte material (subordinación).

a. El trabajador y el empleador

Los sujetos de la relación laboral son fundamentales en la configuración del vínculo de derechos y obligaciones generado entre estas dos personas. No podemos concebir la existencia de una relación de trabajo “típica” con la ausencia de alguno de estos dos elementos; pues aunque parece un asunto bastante lógico, la realidad es que precisamente se ha buscado el ocultamiento de dicho vínculo, mediante la omisión o eliminación de alguno de estos elementos que trae consigo la indeterminación de una relación laboral.

Podemos establecer un concepto “típico” de trabajador atendiendo a lo señalado por la doctrina y las legislaciones nacionales que contienen una conceptualización clásica³: trabajador es aquella persona física que presta un trabajo personal, subordinado y remunerado a otra persona física o moral denominada empleador, con las variantes especiales establecidas en la ley, y sin importar el grado de conocimientos técnicos o profesionales requeridos para la prestación del mismo.

Sobre la importancia de conceptualizar al “trabajador”, el profesor Carlos Reynoso Castillo considera que: “La importancia del concepto “trabajador” en el derecho del trabajo radica en que representa uno de los principales ejes a partir del cual se construye todo el complejo edificio de derechos y obligaciones en materia laboral; de ahí que el conocimiento teórico del concepto “trabajador” pero sobre todo la adecuada y necesaria identificación práctica del sujeto trabajador permite atribuirle un conjunto de prerrogativas en el mundo del trabajo. Por tanto, el término trabajador responde con precisión a la naturaleza propia del sujeto de la relación laboral, y el cual en la lógica de las normas laborales se presenta como un sujeto de imputación al cual se le atribuyen efectos legales concretos, como son, en este caso, un catálogo de derechos y obligaciones”⁴.

En ese sentido, resulta de suma importancia la “identificación del trabajador”, que será el hecho generador de todos los derechos y

³ Tal es el caso de la legislación mexicana.

⁴ Reynoso Castillo, C., *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 33.

prerrogativas a favor de éste. Como lo señalamos anteriormente, el establecimiento de una clara distinción e identificación del trabajador se ha convertido en un verdadero reto para el derecho del trabajo, pues su identificación deberá estar sujeta y relacionada a la identificación misma del empleador.

Resulta interesante el debate que se generó en torno a los sinónimos que se le han dado al concepto de trabajador, tales como empleado, colaborador, obrero, jornalero, operario, etcétera; sin que hasta el momento las consideraciones hayan ido más allá; por ejemplo, se ha señalado que existe una diferencia entre los conceptos de trabajador y empleado que recae sobre el nivel económico de cada uno. Por otra parte, hay quienes sostienen que establecer una diferenciación es necesario para dotar al prestador del trabajo de un status diferenciado que le otorgue mejores condiciones laborales⁵. En lo que respecta a nuestra posición, consideramos que no es tan importante establecer una diferenciación entre tales conceptos, aunado a que varias legislaciones los utilizan de forma indistinta y el debate ha perdido actualidad.

Caso distinto con el tema de la clasificación de los trabajadores, la cual debe irse adecuando a las modalidades y al ámbito en el que se desarrolle la prestación del trabajo, atendiendo a la naturaleza y características propias de cada labor. En el caso mexicano, la Ley Federal del Trabajo LFT considera la regulación de los trabajadores de confianza que se encuentran sujetos a un régimen especial; también, en materia de seguridad social se establece una clasificación de trabajadores para diferenciar el ámbito en que desarrollan su actividad, por ejemplo la diferenciación establecida entre los trabajadores sujetos al régimen ordinario urbano y los del régimen de campo.

En el caso particular del empleador, cuyo término es ajeno a varias legislaciones nacionales como la mexicana que ha mantenido intacta la noción de “patrón” que tiene una naturaleza meramente jurídica, mientras que el de empleador ha sido utilizado por la OIT para referirse al término genérico aplicable en el entorno económico, político y social; resulta importante aclarar, que en la actualidad ambos conceptos son utilizados como sinónimos⁶.

⁵ *Idem*.

⁶ El maestro Néstor de Buen ha señalado que el concepto de “patrón” expresa una naturaleza clasista y paternal y, en cierto modo tiene un sentido peyorativo. Así pues, el mismo autor señala que todas las denominaciones dadas al “acreedor de trabajo” requieren de alguna crítica, pues en particular se refieren a ámbitos muy concretos. Véase: Buen Lozano, N., *Derecho del Trabajo*, México, 7ª edición, Tomo I, Porrúa, 1989, p. 476.

Es curioso, el hecho de que la figura del empleador en la actualidad asume diversas modalidades, que van desde lo simple y común de una relación bilateral, hasta figuras de alta complejidad de carácter triangular o multilateral, lo que en ocasiones desdibuja la responsabilidad empresarial⁷. En ese sentido, y siguiendo la concepción de la LFT, podemos considerar como empleador, a la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores; sin que de ninguna manera se entienda o suponga que existe un solo sujeto sobre el que recae la noción. Como podemos observar, es una noción simplista que en las modificaciones legislativas más recientes a la LFT, ni siquiera fue considerada, a pesar que la misma denota importantes limitaciones.

Por su parte, Néstor de Buen Lozano ha realizado una clasificación de empleadores, atendiendo a distintos criterios, entre los que se encuentran: la naturaleza jurídica, la actividad desarrollada, la extensión, el tratamiento jurisdiccional que reciben, la ubicación, el número de trabajadores que emplean y la finalidad que persiguen⁸, lo que resulta más completo como elemento de análisis para diferenciar distintas modalidades en que se da esa relación de poder del empleador respecto del trabajador.

Dicha clasificación –como bien deja ver el maestro De Buen- de ningún modo debe tenerse como limitativa, pues podemos ampliar la gama de criterios que atiendan a los entornos político, social y económico; además de considerar los criterios derivados de los nuevos contratos de trabajo, que se deben incorporar en dicha clasificación.

b. La subordinación

El concepto de subordinación, visto como rasgo distintivo y fundamental para la aplicación del derecho del trabajo, fue propuesto por Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, quien definió a la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador⁹.

Mario de la Cueva, al referirse a la subordinación señala que: “es una relación jurídica que descompone dos elementos: una facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir

⁷ Forero-Rodríguez, R., “Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social”, *El empleador*, en Buen Lozano, N., Morgado Valenzuela E., (Coords), UNAM-AIADTSS, México, 1997, p. 365.

⁸ Véase, *Ibidem*, pp. 279-280.

⁹ Ermida Uriarte, Ó., y Hernández Álvarez, Ó., “Crítica de la subordinación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 272.

esas disposiciones en la prestación de su trabajo”¹⁰.

La existencia de esta subordinación jurídica es considerada como una respuesta a la necesidad de poder de mando que tiene el empresario como consecuencia de la asunción de la responsabilidad de la dirección de la empresa, y por lo tanto, de los actos que ésta realice¹¹.

Por otra parte, el deber del trabajador es la realización de las labores que le hayan sido encomendadas por su empleador, quien ejercita un poder de dirección sobre dichas actividades. Las tareas deben ser realizadas según la modalidad dispuesta por el empleador, sin perjuicio de las modalidades impuestas por una determinada técnica profesional, en el lugar y en el tiempo que éste establezca y según las necesidades inherentes a cada actividad¹².

Como bien señala el Maestro Mario de la Cueva, la subordinación implica un carácter dualista de facultades para el empleador y de obligaciones para el trabajador. Pero también la existencia de la subordinación implica la sujeción de dicha relación a la normatividad del derecho laboral, y por lo tanto la existencia de los derechos a favor de los trabajadores, y la obligación de los empleadores de respetar y cumplir con la legislación laboral.

Como podemos observar, desde la descripción misma de la noción de subordinación se analizan dos elementos importantes, sin embargo, el estudio de la relación laboral se ha centrado en lo que conceptualmente significa subordinación, entendida según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como sujeción a la orden, mando o dominio de alguien, es decir se analiza el vínculo jurídico-laboral desde una perspectiva vertical ascendente, donde el fundamento de los derechos de los trabajadores es consecuencia del deber de obediencia que tienen respecto de su empleador:



Debemos hacer hincapié en que la subordinación del trabajador es únicamente jurídica y relativa a la prestación del trabajo. No podemos

¹⁰ *Óp. cit.* Cueva, Mario de la., p. 203.

¹¹ Rivas, D., *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999, p. 31.

¹² *Ibidem*, p. 38.

concebir o no deberíamos hacerlo, una subordinación o sumisión personal del trabajador hacia el empleador, situación que escaparía del vínculo jurídico-laboral y sería el justificante para regresar al abuso del que fueron objeto los trabajadores antes de la existencia del derecho del trabajo. No obstante, la noción de subordinación dentro de la concepción tradicional de relación laboral, se encamina a indicar una subordinación personal que va más allá de la prestación del servicio.

La subordinación es concebida como el elemento característico de toda relación de trabajo y es, sin lugar a dudas, el elemento que se encuentra en mayor predicamento ante las nuevas modalidades de contratación laboral, que al buscar poner entre paréntesis a la prestación de un servicio, han recurrido a técnicas de ocultamiento o simulación, representando un verdadero reto al momento de establecer derechos laborales, dejando ver la necesidad de evolución de esta noción¹³ ante el debilitamiento que tiene la visión clásica¹⁴.

B. Crisis de la relación de trabajo

La relación de trabajo “típica” se encuentra en serios predicamentos. Los elementos que la constituyen son objeto de un importante cuestionamiento sobre su propia existencia, sus límites y sus alcances. Así, la crisis de la relación de trabajo se traduce en una circunstancia que es aprovechada para menoscabar los derechos laborales, generando con ello un enorme perjuicio a los trabajadores que se ven sin el respaldo que debe proporcionar el derecho del trabajo, ya que se enfrenta a instituciones que le son desconocidas.

Los conceptos básicos y fundamentales del derecho del trabajo han dejado de ser suficientes para analizar las nuevas modalidades de relación laboral. Las nuevas organizaciones empresariales y los efectos de la globalización y la tecnología han cambiado las formas de trabajo, y con ello hacen necesario incluir en el lenguaje jurídico-laboral, nuevos sujetos que intervienen en la prestación del trabajo, para evitar la simulación y la evasión que se están convirtiendo en una práctica; incluso se ha llegado al extremo de que un trabajador no sabe para quién presta sus servicios.

El vínculo de subordinación, como lo señalamos anteriormente, es objeto de un cuestionamiento tal, que se ha hecho imposible la determinación de su existencia en varias relaciones de trabajo. Lo anterior parece bastante contradictorio, cuando hemos referido que la subordinación es el

¹³ Supiot, A., (Coord.), “Au-delà de l’emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe”, *Informe para la Comisión Europea*, Flammarion, París, Francia, 1999, p. 36.

¹⁴ Reynoso Castillo, C., *Los contratos de trabajo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2011, pp. 72-75

elemento característico de la relación laboral. En la actualidad, este enfoque se encuentra bajo tantos predicamentos que ya no es posible determinar con exactitud si ésta existe o no durante la prestación de un servicio, por lo que la subordinación como elemento característico de la relación laboral, es objeto de fuertes críticas.

La noción de subordinación, tal y como la conocemos en la actualidad, es una figura que no ha sido claramente discernida por la doctrina, por ejemplo, todavía se discuten los nexos de subordinación tratándose de trabajadores independientes¹⁵. En ese sentido, hemos tenido la emergencia de nuevos conceptos que son la máxima expresión del cuestionamiento que se comenta¹⁶.

Así, hablar de la crisis actual de la subordinación, es en gran medida referirnos a la crisis misma del derecho laboral, que hoy se ve cuestionado desde diversos ángulos como la economía neoliberal, la política, las pautas culturales posmodernas e individualistas, entre otros factores¹⁷.

Han nacido “nuevas relaciones de trabajo” tan distantes y tan complicadas, que parecen ajenas al concepto clásico de relación laboral y que de ninguna manera se ajustan al esquema clásico que hemos ilustrado en la figura 1. Las legislaciones nacionales e internacionales, así como la doctrina, han buscado por todos los medios posibles la regulación de estas modalidades emergentes, con miras en la debida protección de los trabajadores.

Debemos entender que las características con las que el derecho del trabajo nació, hoy en día se encuentran en declive, ya que la noción clásica de relación de trabajo busca la aplicación de esta disciplina jurídica, en los casos en que existe una subordinación estricta, debiéndose ampliar esta consideración a los casos en que la figura contractual ofrece escenarios confusos¹⁸.

3. Las nuevas relaciones de trabajo

Al hablar de “nuevas relaciones de trabajo”, nos referimos a un fenómeno caracterizado por la transformación en la forma en que se genera el

¹⁵ *Infra*.

¹⁶ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006, p. 29

¹⁷ Ermida Uriarte, Ó., y Hernández Álvarez, Ó., *Op. cit.*, p. 277.

¹⁸ Supiot, A., (Coord.), “Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe”, *Informe para la Comisión Europea*, Flammarion, París, Francia, 1999, p. 52.

vínculo jurídico-laboral y que dista mucho de la manera “original” en que éste se expresaba. En dicho proceso de transformación, el derecho del trabajo no ha mostrado el entendimiento necesario, pues estas nuevas relaciones laborales tienen la tendencia hacia la deslaboralización, provocando que esta disciplina no encuentre su campo de aplicación aunque deba tenerlo.

Como bien señala la profesora Patricia Kurczyn Villalobos, en materia de reclutamiento de personal, “debemos entender que los sistemas de reclutamiento de trabajadores se han diversificado. Hoy en día es fácil encontrar en los servidores de la Internet un sinnúmero de propuestas para trabajar. En estas formas se plantea un buen número de simulaciones contractuales con la intención de desplazar la legislación laboral e imponer otras normas con la intención de igualar al trabajador con el empleador, circunstancia injusta desde cualquier óptica. También existe la tendencia a crear “la independencia” del trabajador liberando al empleador de toda responsabilidad”¹⁹.

El desarrollo económico de las sociedades no se da abatiendo los costos de la producción en los factores que parezca más fácil. Cuando la competencia se da en esos términos, y no en los de la productividad, el sistema económico está condenado al fracaso, pues en algún momento, los costos sociales aparecerán y cobrarán la factura de tales actos. Este fenómeno trasciende las fronteras, produciendo lo que Adrián Goldín – citado por Mario Pasco Cosmópolis- ha llamado “el Campeonato Mundial por el abatimiento de las condiciones de trabajo”²⁰.

Las anteriores aseveraciones se ven reflejadas en la existencia de diversas y muy variadas formas en que la relación de trabajo ha cambiado. A continuación, haremos referencia a dos supuestos en los que podemos determinar la ineficacia de la noción de subordinación actual para determinar la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio y quien lo recibe.

A. Relaciones de trabajo triangulares²¹

La relación de trabajo cuando se desarrolla en términos normales va a

¹⁹ Kurczyn Villalobos, P., “Trabajos especiales”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, UNAM, México, 2006, p. 342.

²⁰ Pasco Cosmópolis, M., “Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006, p. 84.

²¹ Véase: Kurczyn Villalobos, P., y Zavala Gamboa, O., “Las relaciones triangulares de trabajo. Problemas jurídicos para su determinación”, *Revista Trabajo, Organización Internacional del Trabajo-México*, 2012, pp. 45-68.

considerar la existencia de sólo dos sujetos: el empleador y el trabajador, estando éstos plenamente identificados. Sin embargo, cuando nos encontramos con situaciones más complejas van a intervenir terceros actores y surge lo que podría llamarse una relación “triangular”²².

Las relaciones de trabajo triangulares surgen bajo el argumento de modernizar a la organización del trabajo; permitiendo que las empresas se dediquen exclusivamente a su tarea “primaria”, dejando de lado las actividades “secundarias” o “complementarias”, para empresas cuya actividad sea precisamente la prestación de dicho servicio.

Así, factores como la flexibilidad de la organización productiva y de la fuerza de trabajo han permitido responder de manera más adecuada a las variaciones cuantitativas y cualitativas de la demanda, ajustando o en muchos casos “moldeando” el volumen y las calificaciones de la fuerza de trabajo para bajar los costos, con el propósito ya fuera de conservar sus partes de mercado frente a la competencia, captar mayores proporciones del mismo o penetrar en nuevos mercados²³.

En un plano de competitividad y productividad, las relaciones triangulares de trabajo han permitido a varias empresas mantenerse en el mercado a un alto nivel. Esta situación es aplaudida por la administración y gestión empresarial, pero ha significado un reto para el derecho del trabajo, pues en la mayoría de los casos los derechos laborales aparecen como un lastre para dichos conceptos económicos; y evidentemente los empresarios han preferido las condiciones empresariales que la aplicación de la normatividad laboral.

Diversas son las formas en que se han manifestado las relaciones de trabajo triangulares como descentralización, tercerización, externalización y por supuesto el outsourcing. Todas estas formas han sido maneras diferentes de denominar al mismo fenómeno, pues cada una con algún rasgo distintivo han llegado a los mismos fines y con las mismas intenciones, siendo el outsourcing el denominador más común, por referirse a una organización empresarial.

Desde el punto de vista de la teoría organizacional se ha sostenido que el outsourcing consiste en contratar y delegar a un proveedor, más especializado y a largo plazo, uno o más procesos no críticos, para conseguir una mayor eficiencia, pero la función que no se explicita es que esta forma de organización podría permitir la evasión de responsabilidades

²² Oficina Internacional del Trabajo, “El ámbito de la relación de trabajo”, OIT, Ginebra, Suiza, 2003, p. 43.

²³ Garza Toledo, E., de la y Neffa, J. C., (Comps.), *Trabajo y modelos productivos en América Latina*. Argentina, Brasil, Colombia, México y Venezuela luego de la crisis del modelo de desarrollo neoliberal, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 33.

con los trabajadores que realizan dichas actividades, y que hasta el momento son sólo algunos recursos normativos los que han regulado adecuadamente esta situación²⁴.

Así pues, la triangulación en las relaciones laborales, vía outsourcing, representa una actividad que busca evadir las relaciones laborales directas, para dar paso a una ambigüedad tal en la relación de trabajo que deja en el desamparo total a los trabajadores, por no existir una regulación adecuada de esta situación, o por no aplicarse ésta correctamente.

También es cierto, y como lo hemos mencionado anteriormente, que la triangulación en las relaciones laborales, representa una forma novedosa de organización productiva, pero ninguna circunstancia justifica la aplicación mínima de la normatividad laboral que puede representar una falta de generación de derechos. Esta estrategia de organización debe y puede beneficiar a todos los involucrados; el asunto es dejar de lado los intereses meramente empresariales y tener una visión general que permita ver a este fenómeno como una herramienta de desarrollo y no como el justificante para reducir gastos en la mano de obra. La organización productiva es y seguirá evolucionando, lo importante es la forma en que la aprovechemos.

Para hablar de triangulación de las relaciones laborales, como una forma de organización empresarial y no como una herramienta para disminuir los derechos de los trabajadores, debemos apuntar a conocer y analizar qué tan secundaria es la actividad para la cual se está descentralizando el servicio. En ese sentido, cuando nos encontramos con la triangulación de la relación de trabajo, en actividades directamente relacionadas con los fines de la empresa, estamos en presencia de un ejercicio abusivo de esta figura que necesita ser regulado.

Como se mencionó al inicio de este apartado, la triangulación de las relaciones laborales genera preguntas en los trabajadores sujetos a esta modalidad. Por lo menos en México, debemos incorporar al lenguaje jurídico laboral los conceptos de subcontratante, trabajador subcontratado, etcétera; para tener una regulación adecuada que impida el menoscabo o la evasión de los derechos laborales, por no identificar quién es el beneficiario y quién el obligado de éstos.

Siguiendo estas ideas, algunas legislaciones y algunos estudios de la OIT, otorgan a las empresas (suministradora y beneficiaria) el carácter de “responsables solidarios”²⁵ respecto a las obligaciones con el trabajador.

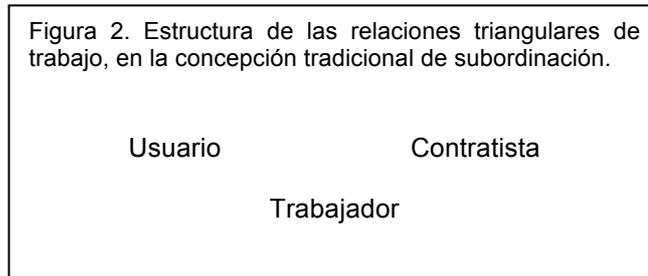
²⁴ Lañas Junco, S., y Bouzas Ortiz, A., “El trabajo desde el punto de vista de la organización”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010, p. 258.

²⁵ Por ejemplo, en el caso mexicano se ha considerado la “responsabilidad solidaria”

El avance es importante, pero debemos progresar todavía más, pues la solución no es simplemente la denominación, sino la aplicación efectiva de tales reglas.

La determinación de la identidad del empleador y otras partes posibles en las relaciones de trabajo “triangulares”, de los derechos del trabajador y de las personas responsables del cumplimiento de esos derechos, plantea cuestiones jurídicas difíciles de resolver. Sin embargo, el mayor reto estriba en lograr que los trabajadores abarcados en tal relación gocen de las condiciones de trabajo previstas en la ley para los trabajadores sujetos a una relación puramente bilateral o típica, sin que esta circunstancia represente un obstáculo a las iniciativas de modernidad organizacional en los sectores público y privado. Como lo mencionamos anteriormente, este tipo de organización puede traer beneficios a todos²⁶.

En términos más concretos, podemos ubicar el problema, al señalar que “las relaciones laborales triangulares se refieren a aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas, y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas”²⁷.



Precisamente ese posicionamiento “entre ambas”, es el reto de regulación para el derecho del trabajo, que hasta el momento en el tratamiento ha dado una respuesta aceptable, pero que en la aplicación merece algunas consideraciones. El deber de obediencia está muy bien determinado, la gran pregunta que es objeto de la discusión en torno a la laboralización de las relaciones triangulares de trabajo, es la determinación (imputación) de las obligaciones de cada una de las partes en esta modalidad.

B. Trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado

respecto de las obligaciones con los trabajadores en materia de seguridad social (artículo 15-A de la Ley del Seguro Social).

²⁶ Oficina Internacional del Trabajo, *Op. Cit.*, p. 58.

²⁷ Ugarte, J. L., “Relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena”, en *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, núm. 30, Brasil, 2007, p. 121.

Al hablar del trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado, nos referimos a una modalidad novedosa de relación de trabajo que en Europa ha tenido un auge importante en los últimos años y es objeto de consideraciones nacionales e internacionales. En este sentido, y por las características del tema, resulta necesaria la realización de algunos comentarios sobre la diferencia entre el trabajo meramente independiente y el trabajo subordinado.

Podemos decir que “el que trabaja de forma independiente se distingue del que ejerce su actividad bajo la dependencia de un tercero. No obstante, esta simplicidad aparente no consigue ocultar el hecho de que el trabajo independiente o autónomo comprende una gran diversidad de situaciones a nivel tanto social como económico que no pueden, sin duda, ser todas tratadas del mismo modo”²⁸.

Así pues, la relación de servicios será laboral cuando se caracterice por la existencia de una relación de subordinación entre los contratantes, es decir, por una falta de autonomía del trabajador en la ejecución del trabajo, de suerte que la organización del trabajo y la propia ejecución del mismo se encuentre sometida a las órdenes e instrucciones del empleador, a cuyo control y supervisión se halla sometido, estando el trabajador obligado a realizar la actividad, bajo las características que su empleador le indique²⁹.

A ese respecto, hemos hecho bastante referencia cuando analizamos las características de la relación de trabajo “típica”, mediante la cual un trabajador subordinado desempeña su actividad bajo la dirección y órdenes de su empleador, por lo que no cuenta con libertad e independencia respecto a la organización y desarrollo del trabajo, a menos que esa sea una de sus funciones encomendadas, pero siempre estará ante la facultad directiva de su empleador, y a éste le deberá obediencia en las decisiones de gestión empresarial, por ser el propietario de los materiales de trabajo y responsable de la labor de su operario.

El trabajador autónomo se caracteriza por realizar su función sin recibir órdenes o instrucciones por parte de algún empleador. Así, los resultados del trabajo son responsabilidad directa del trabajador independiente, por lo que no existe ningún vínculo de subordinación, ni sujeción a condiciones de trabajo impuestas. Este trabajo se sujeta a lo dispuesto por

²⁸ Comité Económico y Social Europeo, Dictamen: “Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente”, Bruselas, Bélgica, 29 de abril de 2010, p. 4.

²⁹ Martínez Barroso, M. de los R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo”, en *Anuario da facultade de dereito da universidade da Coruña*, Coruña, España, N. 11, 2007, p. 454.

la legislación civil, pues las partes se encuentran en un plano de igualdad y de libertad al momento de contratar, por lo que éstas son responsables de establecer las condiciones en que se desarrollará la actividad y las consecuencias del incumplimiento.

Por ello, cuando la prestación del servicio por parte del trabajador autónomo adquiere continuidad o se presta de forma reiterada a un mismo cliente, se van a generar diferentes cuestiones sobre la temporalidad de la relación emprendida, así como a la posibilidad o no de atender al mismo tiempo a otros clientes. Todo esto adquiere importancia cuando ese tipo de servicios se prestan en términos de que el trabajador autónomo adquiere cierta dependencia de pertenecer a esa organización empresarial³⁰ y por lo tanto su plena “autonomía” se ve viciada.

Al tenor de esas consideraciones y como respuesta a cuestiones de identificación de un vínculo laboral, surge lo que se denomina trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado, como una modalidad “híbrida” entre el trabajo independiente y la dependencia económica que pueda tener un trabajador de esta naturaleza respecto de un “cliente”.

En España, la Ley 20/2007 del Estatuto del trabajo autónomo (ETA), define como trabajador autónomo económicamente dependiente a: “aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales” (Artículo 11.1).

La misma ley señala que el trabajador autónomo económicamente dependiente deberá estar sujeto a un contrato que siempre será por escrito, donde se establezca la dependencia económica, la cual sólo se podrá manifestar respecto de un solo cliente (Artículo 12 ETA).

En Italia se ha regulado el mismo fenómeno, con sus propias características y peculiaridades, que ha sido denominado como “parasubordinación” (paralavoro o lavoro parasubordinato). El Código de Procedimientos Civiles señala las normas que deberán observarse en las controversias laborales derivadas de: “las relaciones de agencia, de representación comercial y de otras relaciones de colaboración que se desarrollan con la prestación de un trabajo continuo y coordinado, de manera prevalentemente personal, pero sin tener la característica de la subordinación” (Artículo 409.3). Sin embargo, los alcances de dicha

³⁰ *Ibidem*, p. 455.

determinación, son todavía muy limitados, pues sólo proveen al trabajador parasubordinado de herramientas procesales para ejercitar su acción ante los tribunales competentes en materia laboral, en contra de su cliente.

Conviene aclarar que la doctrina y la jurisprudencia italiana predominantes no ven a la parasubordinación como un sustitutivo de la subordinación, para justificar la aplicación del derecho del trabajo en cierta prestación de servicios, sino como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que necesitan la tutela de dicha disciplina por ser prevalentemente personales, continuadas y coordinadas por la empresa, y en donde se evidencia una debilidad contractual por parte de quien presta un trabajo³¹.

“Las reflexiones relativas al trabajo autónomo económicamente dependiente responden al deseo de comprender mejor las evoluciones del trabajo autónomo independiente, que, bajo el efecto de profundos cambios tanto económicos como sociales, ha evolucionado más allá de las formas tradicionales de trabajo autónomo reconocidas desde hace tiempo en los países de la Unión Europea. El reconocimiento jurídico de una nueva categoría de trabajadores, intermedia entre la del asalariado, por una parte, y la del trabajador autónomo, por otra, no existe más que en algunos Estados europeos³². El objetivo general de las legislaciones nacionales existentes es contribuir a una mejor protección de determinadas categorías de trabajadores sin que tengan por ello que ser asimilados a los asalariados”³³.

Como hemos podido percibir, estamos en presencia de una semi-independencia que se ve reflejada en el terreno del trabajo autónomo y que demuestra la necesidad de ampliar o alargar la noción de subordinación, para incluir actividades, aparentemente autónomas, a la regulación del derecho laboral, logrando una protección adecuada de los trabajadores³⁴.

El reto, hablando del trabajo autónomo económicamente dependiente, va más allá de la protección de los trabajadores y la garantía procesal para la defensa de sus derechos; pues éste se refiere más bien, a la correcta aplicación que debe hacerse de este concepto. El tratamiento jurídico y la

³¹ Ermida Uriarte, Ó., y Hernández Álvarez, Ó., “Crítica de la subordinación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003, p. 290.

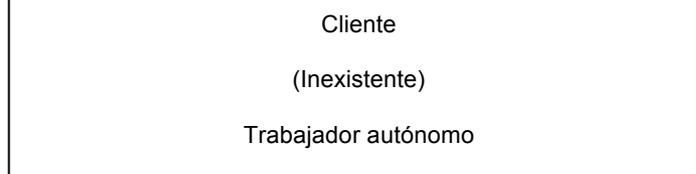
³² Al respecto podemos señalar que existe un tratamiento jurídico de este tema en: Alemania, Austria, España, Italia, Países Bajos, Portugal y el Reino Unido.

³³ Comité Económico y Social Europeo, *Op. Cit.*, p. 1.

³⁴ Supiot, A., (Coord.), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, *Op. Cit.*, pp. 27-36.

delgada línea que separa al trabajo autónomo del trabajo parasubordinado, sin lugar a dudas es un aspecto que merece mayores consideraciones, para lograr una protección plena y adecuada de los trabajadores. El derecho del trabajo no debe perder de vista esta situación, esa es su tarea.

Figura 3. Noción de subordinación en el trabajo autónomo económicamente dependiente



4. Poder del empleador y relación laboral

La legislación y doctrina francesas han clasificado los poderes otorgados al empleador³⁵ de la siguiente manera: Poder de dirección, que le permite al empleador tomar decisiones tanto de gestión de la empresa como de la administración de los recursos humanos; Poder reglamentario, que faculta al empleador para establecer reglamentos interiores de trabajo de forma unilateral; y el Poder disciplinario, que posibilita al empleador para sancionar a los trabajadores cuyo comportamiento sea inadecuado o contravenga las disposiciones legales o de los reglamentos interiores de trabajo.

Dichos poderes son el resultado del vínculo de subordinación que hay entre los sujetos de la relación laboral, que de ninguna manera sobrepasan los límites de la subordinación jurídica; por la tanto su aplicación de forma regulada, resulta interesante, ya que proporcionan una óptica distinta para abordar el tema de la subordinación en primer plano y en segundo lugar, el de la relación laboral.

Esta potestad del empleador encuentra su máxima expresión en el *ius variandi* que le es una facultad exclusiva derivada de su poder de dirección³⁶. Si bien es cierto, no es una potestad absoluta, sí ejemplifica la naturaleza y funciones del empleador dentro de una relación laboral.

La noción de poder también es factible de críticas y análisis, por ejemplo bajo la concepción de Emmanuel Dockès³⁷ las potestades del empleador

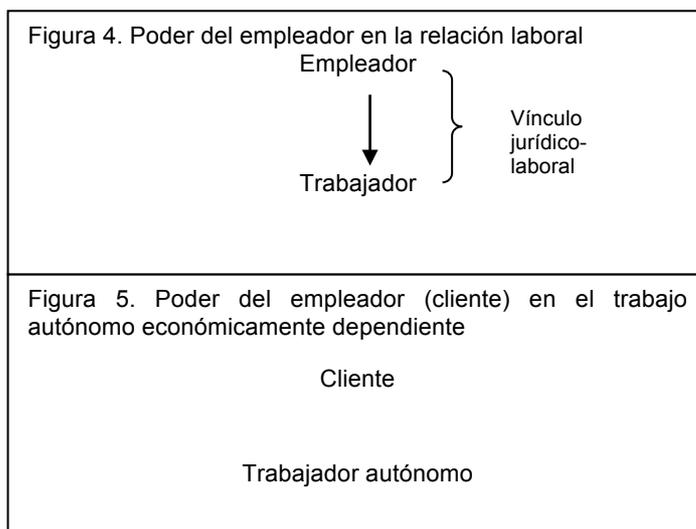
³⁵ Véase: Fabre, A., "Le régime du pouvoir de l'employeur", LGDJ, Francia, 2010.

³⁶ Hernández Rueda, L., "Poder de dirección del empleador", Buen Lozano, Néstor de y Emilio Morgado Valenzuela (Coords), *Op. Cit.*, p. 410.

³⁷ Dockès, E., "De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur", en

pueden ser de derecho o de hecho. Tradicionalmente ambas concepciones tienen como punto de contacto la funcionalidad y el ámbito de la relación de trabajo. Sin embargo, Dockès considera que el contrato de trabajo tiene prevalencia sobre los poderes del empleador, situación con la que no coincidimos, ya que precisamente esa afirmación se encuadra en la noción tradicional de relación laboral, cuando hemos comentado a lo largo de este trabajo sobre la inexactitud de tal principio en el escenario actual.

En ese sentido, afirmamos que la noción de relación laboral desde la perspectiva de los poderes del empleador (vertical descendente) es más adecuada en el escenario actual. Cada vez es más complicado configurar el vínculo jurídico-laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe, aunado a las relaciones que originalmente no son laborales, como el caso del trabajo autónomo.



5. A manera de conclusión

Más que una conclusión, lo que se pretende presentar es una propuesta que busca ajustarse al mercado de trabajo actual donde las relaciones laborales son más complejas y en muchos casos su propia existencia es difícil de identificar.

Desde nuestra perspectiva, el poder del empleador es más apropiado para determinar la existencia de una relación de trabajo, frente a la

Arseguel, A., *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, Francia, 2004.

subordinación que ante su cuestionamiento ha perdido efectividad y en relaciones laborales complejas como la subcontratación, el encubrimiento de relaciones de trabajo, el teletrabajo, y otras modalidades contractuales donde la frontera entre el derecho civil y laboral es más delgada.

En ese sentido, y como afirma Alain Supiot, el desarrollo del derecho social debe considerar una configuración de la institución del contrato de trabajo³⁸ y por ende de la noción misma de relación laboral, que más que ajustarse a la actualidad, debe reconfigurar sus elementos constitutivos para corresponder a la función del derecho del trabajo, como equilibrio de los factores de la producción.

6. Bibliografía

- Arseguel, A., *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, Francia, 2004.
- Bouzas Ortiz, A., (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010.
- Buen Lozano, N., y Morgado Valenzuela, E., (Coords), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, UNAM-AIADTSS, México, 1997.
- Buen Lozano, N., y Morgado Valenzuela, E., *Derecho del Trabajo*, Tomo I., 7ª ed., Porrúa, México, 1989.
- Cueva, M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Tomo I. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales, 22ª ed., Porrúa, México, 2009.
- Fabre, A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, Francia, 2010.
- Garza Toledo, E., y Neffa, J.C., (Comps.), *Trabajo y modelos productivos en América Latina. Argentina, Brasil, Colombia, México y Venezuela luego de la crisis del modelo de desarrollo neoliberal*, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- Kurczyn Villalobos, P., (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006.
- Kurczyn Villalobos, P., (Coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, UNAM, México, 2006.
- Kurczyn Villalobos, P. y Zavala Gamboa, O., “Las relaciones triangulares de trabajo. Problemas jurídicos para su determinación”, *Revista Trabajo, Organización Internacional del Trabajo-México*, 2012, pp. 45-68.
- Kurczyn Villalobos, P., Zavala Gamboa, O. y Puig Hernández, C., (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003.

³⁸ Supiot, A., “Critique du droit du travail”, 2a ed., *Quadrige-puf*, Francia, 2011.

- Martínez Barroso, M., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo”, *Anuario da facultade de dereito da universidade da Coruña*, Coruña, España, n. 11, 2007.
- Reynoso Castillo, C., *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.
- Reynoso Castillo, C., *Los contratos de trabajo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2011.
- Rivas, D., *La subordinación, Criterio distintivo del contrato de trabajo*, reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999.
- Sánchez-Castañeda, A., *Las transformaciones del derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006.
- Supiot, A., (Coord.), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Informe para la Comisión Europea, Flammarion, París, Francia, 1999.
- Supiot, A., *Critique du droit du travail*, 2a ed., Quadrige-puf, Francia, 2011.

La retribución por vacaciones en los Convenios Internacionales de la OIT: El caso de España y Brasil

Adrián TODOLÍ SIGNES*

RESUMEN: Los principios reguladores del salario desde la perspectiva de los convenios de la OIT están proyectados para que encajen en multitud de ordenamientos jurídicos diferentes. Cuestión que provoca los conocidos problemas respecto al lugar que ocupan los convenios en la jerarquía normativa de los diferentes países, pero además en el caso del Derecho del Trabajo derivada del principio de norma más favorable los conflictos entre normas son mayores, dificultando en gran medida su correcta aplicación. Así pues, en esta investigación se utilizará como ejemplo la retribución de las vacaciones para demostrar estos mayores problemas que se han nombrado y sus posibles soluciones.

Palabras clave: Salario, principios reguladores, OIT, vacaciones retribuidas.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Fuentes del salario en Derecho español. 3. La retribución de las vacaciones: El convenio n. 132 de la OIT. 3.1 Aplicación directa o indirecta del art. 7 del Convenio n. 132 de la OIT. 3.2. El Convenio de la OIT n. 132 en el Derecho de Brasil. 4. Valoración global. 5. Bibliografía.

* Investigador en formación del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia Estudio General.

1. Introducción

En este estudio respecto a los principios reguladores del salario desde la perspectiva de los convenios internacionales, se van a tratar dos problemas principales de manera interrelacionada. Uno respecto a la jerarquía normativa y el espacio ocupado por los convenios de la OIT dentro del sistema de fuentes de la ordenación del salario y, una segunda respecto al resultado de la interpretación de estos convenios según los diferentes países (España y Brasil).

Respecto al primer tema se estudiará la jerarquía de fuentes normativas del Derecho del Trabajo que regulan el salario, centrándose principalmente en la normativa española. Con ello se estudiará la interacción del principio de jerarquía normativa con la normativa internacional, así como, con el principio de norma más favorable. Principio especial de la normativa Laboral que no existe en otras ramas del Derecho.

Respecto al segundo tema se estudiará la interpretación de los convenios internacionales de la OIT en general, y la interpretación de los principios ordenadores del salario establecidos en esta normativa internacional. Para ello se analizará, a modo de ejemplo, el Convenio n. 132 de la OIT respecto a las vacaciones retribuidas, en concreto, su art. 7 donde se establece cual debe ser la retribución durante el periodo de vacaciones.

2. Fuentes del salario en Derecho español

Tal y como la doctrina³⁹ hace notar, las fuentes del salario son las mismas que las que establece el art. 3 del ET para las fuentes reguladoras del contrato de trabajo, por tanto la jerarquía de fuentes reguladoras del salario serán a) las disposiciones legales y reglamentarias, b) los convenios colectivos, c) la autonomía individual.

La composición del salario dependerá de las propias variables jurídico-institucionales y singularmente, del sistema de fuentes reguladoras del salario y de sus elementos constitutivos⁴⁰. De este modo respecto a las fuentes de determinación de la retribución, se implanta en España un modelo pluralista en el que coexisten las fuentes heterónomas y las fuentes autónomas de regulación. Este pluralismo jurídico existente en el ordenamiento laboral viene determinado por la complejidad de la realidad

³⁹ Ramírez Martínez, J.M., Alfonso Mellado, C.L., *El salario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p 43.

⁴⁰ Monereo Pérez, J.L., “Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica” *TS*, n. 87, 1998, p. 29.

subyacente que se halla en el mercado de trabajo.

a) Las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

Esta primera fuente de regulación del salario viene amparada por su configuración constitucional en la cual en los art. 9.2, 35, 40, 128 a 131, 149.1.13ª CE se delimita la función retributiva general del poder público. Este nivel legal, se caracteriza por ser indisponible para las partes, y comprende, la determinación “*op legis*” de qué se debe calificar como salario, a través de la definición de este (art. 26.1 ET) y de las excepciones (art. 26.2 ET) a esa regla general. Junto con esto, el nivel legal se reserva también la determinación del tipo de partidas que integran la estructura salarial (art 26.3 ET), es decir, salario base y complementos y, además, proporciona criterios sobre la consolidación de tales complementos en defecto de convenio⁴¹.

Sumado a ello, el nivel legal con apoyo de la normativa internacional y de la Constitución, también establece los principios básicos de ordenación del salario⁴² los cuales, una vez más, serán indisponibles para las partes tanto a nivel colectivo como a nivel individual, y que deberán respetar estos en sus propias regulaciones.

i) Un primer principio básico es el de suficiencia económica, establecido en el convenio de la OIT n. 131, de 22 de junio de 1972 sobre la fijación de salarios mínimos⁴³, y en la propia Constitución Española en art. 35 donde se establece el derecho a “una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”. La propia Ley establece en el art. 27 del ET la obligación del gobierno de fijar un salario mínimo interprofesional.

ii) Un segundo principio básico en la ordenación del salario es la prohibición de discriminación en el empleo, establecidas en los convenios de la OIT n. 100, de 29 de junio de 1951, sobre igualdad de remuneración⁴⁴, y n. 111, de 25 de junio de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación⁴⁵. Asimismo, la Constitución Española hace lo propio en el art. 14 donde se establece una prohibición de

⁴¹ Pedrajas Moreno, A., “Nueva regulación de la estructura salarial: Puntos críticos” *AL*, n. 2, 1994, p 408.

⁴² Para ver un análisis completo de los principios ordenadores de la regulación salarial ver, Lombard Bennassar., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 136 a 174.

⁴³ Ratificado por España en 30 de noviembre de 1971 (BOE 30/11/1972), ratificado por Brasil el 4 del mayo de 1983.

⁴⁴ Ratificado por España en 6 de noviembre de 1967 (BOE 4/12/1967), ratificado por Brasil el 25 de abril de 1957.

⁴⁵ Ratificado por España en 6 de noviembre de 1967 (BOE 28/09/1971), ratificado por Brasil el 26 de noviembre de 1965.

discriminación en todos los ámbitos que incluye la prohibición de discriminación en materia salarial, así como, una prohibición de discriminación en materia salarial por razón de sexo de manera concreta en el art. 35 CE⁴⁶. Una vez más la Ley recoge este mandato constitucional en el art. 4.2 c) ET y específicamente para la remuneración por razón de sexo en el art. 28 ET.

iii) Un tercer principio básico en la ordenación del salario es el derecho a unos descansos retribuidos, establecidos en el convenio OIT n. 132, de 24 de junio de 1970, sobre vacaciones pagadas⁴⁷. Que también recoge la Constitución Española, en el art. 40 del ET donde se establece que los poderes públicos “garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas”.

iv) Un cuarto principio básico de la ordenación del salario es la limitación del salario en especie, fijado por los Convenios OIT n. 95, de 1 de julio de 1949, sobre protección del salario⁴⁸, n. 99, de 28 de junio de 1951, sobre métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura⁴⁹, y n. 117, de 27 de junio de 1962, sobre Política Social⁵⁰. Estas previsiones internacionales tiene su acogida en la Ley española en el art. 26.1 del ET donde se establece que “En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional”.

Por último, reseñar que tras la reforma de 1994 el papel de la Ley y sobretodo del reglamento se ha visto reducido notablemente en cuanto a que ha visto reducida su presencia en la regulación de la estructura del salario, inclinándose hacia criterios de flexibilidad y desregulación parcial, pero manteniendo sus funciones garantistas como son la protección del crédito salarial⁵¹. Desregulación que ha aumentado la relevancia de los

⁴⁶ Art. 35 CE “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

⁴⁷ Ratificado por España en 30 de junio de 1972, ratificado por Brasil el 23 de septiembre de 1998.

⁴⁸ Ratificado por España en 24 de junio de 1959, ratificado por Brasil el 25 de abril de 1957.

⁴⁹ Ratificado por España en 23 de febrero de 1970 (BOE 28/09/1971), ratificado por Brasil el 25 de abril de 1957.

⁵⁰ Ratificado por España en 8 de mayo de 1973, ratificado por Brasil el 24 de marzo de 1969.

⁵¹ Monereo Pérez, J.L., *Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica*, óp.

principios ordenadores del salario regulados en los Convenios de la OIT.

b) Convenios colectivos

Este nivel negocial colectivo está amparado por los art. 7, 28.1 y 37.1 de la CE que determinan la función específica de la autonomía colectiva. Así pues, los convenios colectivos, tienen por función, respetando el nivel legal, determinar o concretar los elementos estructurales propios de la situación específica, es decir, los conceptos salariales aplicables, los criterios para su cuantificación y las reglas sobre la posible consolidación de los complementos⁵². Pero no solo los criterios de cuantificación del salario, puesto que, en esta distribución de “roles” a la contratación colectiva le corresponde la determinación de las cuantías salariales⁵³, es decir que salario será el aplicable para cada grupo profesional. Por último, a la autonomía colectiva le corresponde también la importante función de articulación de las distintas unidades de negociación (art. 83 ET) y de los distintos niveles negociales⁵⁴.

De esta manera, será a través de la negociación colectiva donde se concreten los niveles salariales a los que tiene derecho el trabajador, y esto es de tal manera que cuando el art. 4.2 f) del ET, se dice que el trabajador tiene derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, la expresión “legalmente establecida” hace alusión a la pactada en convenio colectivo, puesto que ni la ley ni el reglamento establecen cuantía alguna, con excepción del salario mínimo interprofesional. De este modo, el derecho a la remuneración legalmente pactada, dependerá de la cuantía establecida por el convenio colectivo de aplicación, conforme al grupo profesional en el que se encuadre el trabajador, con el límite mínimo del SMI. Y solo en caso de que no existiera convenio colectivo aplicable, recurriríamos efectivamente a la Ley y al Real Decreto de salario mínimo para conocer la cuantía “legalmente establecida” a la que tiene derecho el trabajador.

c) Autonomía individual.

El espacio reservado a la autonomía individual en la fijación del salario queda garantizado por el art. 10 y 38 CE⁵⁵ donde el contrato individual y

cit., p. 37.

⁵² Pedrajas Moreno, A., *Nueva regulación de la estructura salarial: puntos críticos*, *óp. Cit.*, p. 408.

⁵³ Monereo Pérez, J.L., *Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica*, *óp. cit.*, p. 37.

⁵⁴ Con la limitación vista, de que en aplicación del art. 84 2. a) del ET, el convenio colectivo de empresa tendrá prioridad aplicativa sobre el convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en materia de cuantía del salario base y los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

⁵⁵ La STC 85/1985 estableció que la autonomía colectiva no puede vaciar de contenido la

el poder unilateral del empresario encuentran su máxima expresión. Ante esta cuestión se debe aclarar que el espacio de la autonomía individual estará siempre supeditado a la autonomía colectiva y a la ley⁵⁶. Esta opción que concede un papel preponderante a la ley y al convenio colectivo es consustancial a la historia del Derecho del Trabajo que siempre ha partido de la constatación de la existencia de una desigualdad real entre quien ofrece trabajo y el trabajador que lo presta⁵⁷.

Por esta razón la autonomía individual, así como el poder unilateral del empresario, tienen su espacio en la cuantificación del salario, pero siempre para mejorar las cuantías de los “salarios profesionales”⁵⁸, individualizando el salario y acomodando las partidas retributivas a las vicisitudes de la singular relación de trabajo⁵⁹.

Otra opción para la autonomía individual será la de establecer condiciones allí donde no exista regulación colectiva. Así pues, la autonomía individual podrá regular libremente en los espacios vacíos de negociación colectiva.

Por último, existe la posibilidad de establecer condiciones diferentes a las pactadas en convenio colectivo⁶⁰. En este supuesto podemos encontrar i) que el convenio colectivo se remita a la autonomía individual, de manera expresa, para completar la regulación y adaptarla a la organización empresarial⁶¹, de esta manera se establecen condiciones diferentes a las del convenio colectivo pero por voluntad de los propios negociadores; ii) O bien que aun existiendo regulación sobre una materia salarial concreta, se pacte mediante la autonomía individual, con una pluralidad de

autonomía individual puesto que, dentro del respeto a los mínimos normativos, legales o convencionales, esta debe poder adaptar las condiciones laborales a la organización de la empresa. Así pues, la CE garantiza siempre un espacio a la autonomía colectiva el cual consiste en “sobrepasar” lo establecido en el convenio colectivo o en la ley, ATC 1074/1988 de 26 septiembre.

⁵⁶ La STC 105/1992 ya estableció la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la individual, puesto que “de prevalecer ésta sobre aquélla quebraría el sistema de negociación colectiva previsto por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1.”

⁵⁷ Blasco Pellicer, A., “La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral”, *AS*, n. 17, 2004, p. 1, en su versión digital (BIB 2004\1844).

⁵⁸ Expresión utilizada para referirse al salario mínimo establecido en convenio colectivo o en las antiguas reglamentaciones de trabajo para cada categoría profesional, en contraposición al salario mínimo interprofesional, Roqueta Buj, R., *La prestación salarial*, en AA.VV., *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 361.

⁵⁹ Monereo Pérez, J.L., *Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica*, *óp. cit.*, p. 37.

⁶⁰ STC 208/1993 de 28 de julio.

⁶¹ Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000, p. 85.

trabajadores, complementos diferentes a los fijados de manera colectiva. Este complejo sistema que se acaba de describir de manera superficial, es el resultado de un proceso histórico, donde en un primer momento existe la pura determinación individual de salario mediante el acuerdo directo entre las partes, momento en el cual no había intervención del Estado⁶². Una segunda etapa donde el Estado, como consecuencia de las fuerzas sociales y económicas del momento, fijaba los salarios incluyendo topes máximos de aumento salarial⁶³. Terminando en esta tercera etapa en la que con la inclusión de la negociación colectiva⁶⁴, los tres niveles de fijación del salario – institucional, negocial y contractual- deben coordinarse para dar como resultado la cuantía salarial exacta a la que el trabajador tiene derecho.

En definitiva en el Derecho español la cuantía salarial viene fijada por los convenios colectivos o por la autonomía individual, pero esta debe respetar los principios ordenadores del salario los cuales viene recogidos por la Constitución Española y principalmente por los Convenios Internacionales de la OIT.

De esta manera estos Convenios Internacionales hacen la función de límite a la autonomía colectiva y privada, impidiendo de este modo discriminaciones o abusos por parte del empresario. Un ejemplo de esto es el Convenio n. 132 de la OIT, el cual regula los descansos retribuidos.

Como se ha visto, la cuantía salarial debe ser fijada por el convenio colectivo aplicable de acuerdo con la jerarquía normativa, pero el art. 7 del Convenio n. 132 de la OIT establece una regla respecto a cuanto debe cobrar el trabajador durante las vacaciones. De esta manera se impone un límite a la autonomía de la voluntad, que a la vez provoca un conflicto de norma aplicable que la Jurisprudencia debe solventar.

3. La retribución de las vacaciones: El convenio n. 132 de la OIT

La retribución de las vacaciones viene garantizada por la Constitución

⁶² Pedrajas Moreno, A., *Nueva regulación de la estructura salarial: Puntos críticos*, *óp. cit.*, p. 396.

⁶³ Tras la postguerra se regulan los salarios mediante Real Decreto con objeto de controlar la inflación y es así hasta el Decreto de 8 junio 1956 en el cual se liberalizan los salarios, y se permite su fijación por la autonomía de la voluntad, Herraiz Martín, M., “Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos”, *CES*, Madrid, 1997, p. 26.

⁶⁴ En la legislación de la postguerra los convenios colectivos no tenían cabida como fuente del Derecho del Trabajo, no es hasta la Ley de Convenios Colectivos de 1958, que estos empiezan a poder ser utilizados, Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.

española donde en el art. 40.2 se garantiza unas vacaciones periódicas retribuidas. Este precepto viene desarrollado por el art. 38.1 del ET, el que a su vez garantiza un periodo anual de vacaciones retribuido. Pero en ninguna de las dos normas se indica en que consistirá esa retribución, ni que complementos estarán incluidos. Así pues, existe en la legislación española una laguna⁶⁵ respecto a cual será la retribución de las vacaciones. De esta manera sobre la duda planteada acerca de cuanto debe cobrar el trabajador durante las vacaciones nada nos indica la norma española.

Por su parte, la normativa internacional, sí establece regulación al respecto. El Convenio n. 132 de la OIT, de 24 de junio de 1970, sobre vacaciones pagadas (revisado)⁶⁶, establece en su art. 7.1 que los trabajadores como retribución por vacaciones deben percibir “por lo menos, su remuneración normal o media”, que será “calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado”. Así pues, tal y como la doctrina ha afirmado, el art. 7 acoge un “principio de equivalencia” entre el periodo de actividad y el de vacaciones⁶⁷. Es decir, se busca la máxima similitud entre las percepciones a las que hubiera tenido derecho el trabajador por su jornada ordinaria y las recibidas durante el periodo de disfrute de las vacaciones⁶⁸.

Si bien, la primera cuestión que plantea este convenio internacional es su aplicabilidad directa o indirecta⁶⁹.

3.1. Aplicación directa o indirecta del art. 7 del Convenio n. 132 de la OIT

En efecto, existe una consolidada Jurisprudencia y doctrina judicial en España que entiende que el convenio de la OIT es dispositivo para el

⁶⁵ Argüelles Blanco, A., “La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio de la OIT?”, *AL*, n. 3, 1998, p. 782.

⁶⁶ Ratificado por España BOE 5 de julio de 1974, Convenio aplicable a todos los trabajadores por cuenta ajena excepto la gente del mar, que viene regulados por el Convenio OIT n. 146, sobre vacaciones pagadas de la gente del mar, de 19 de octubre de 1976.

⁶⁷ Impidiendo la disminución de ingresos salariales durante el tiempo de vacaciones, Alvarez de la Rosa, M., “La retribución de las vacaciones”, *TS*, n. 38, 1994, p. 36; Sempere Navarro, A., y Charro Baena, P., “Las vacaciones laborales”, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 115; Charro Baena, P., “El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo”, *Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 1993, p. 352.

⁶⁸ Sempere Navarro, A., y Charro Baena, P., *Las vacaciones laborales*, *óp. cit.*, p. 115.

⁶⁹ Lombard Bennassar, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, *óp. cit.*, p. 166.

convenio colectivo. De este modo la normativa internacional sería subsidiaria del convenio colectivo y se aplicaría cuando el convenio no contenga regulación específica (STS 9 de octubre de 1996 (rec. 3318/1995). Así pues, de acuerdo con esta doctrina el convenio colectivo podría apartarse de aquella regla de remuneración normal o media del periodo de vacaciones, y esta tendría validez sobre la norma internacional⁷⁰.

Durante años el Tribunal Supremo ha debatido sobre esta cuestión no dejando las posiciones claras. En Sentencias de 14 febrero de 1994 (rec. 1880/1993) y 21 de octubre del 1994 (rec. 3149/1993) el Tribunal Supremo argumentó que en aplicación de la normativa internacional en la retribución por vacaciones debían computarse todos los conceptos salariales que no tuvieran la condición de extraordinarios con independencia de lo establecido en cada convenio colectivo en particular. De esta manera la Jurisprudencia, durante la década de los noventa, bailó entre dar al convenio internacional el carácter de subsidiario del convenio colectivo, o darle el carácter imperativo de norma de mínimo necesario absoluto.

En la actualidad esta controversia parece resuelta en la Jurisprudencia (que no en la doctrina), decantándose por la subsidiariedad del convenio colectivo⁷¹. El Tribunal Supremo en STS de 3 de octubre de 2007 (rec. 2083/2006) dictamina sin lugar a dudas que corresponde al convenio colectivo determinar el régimen de retribución de las vacaciones. Es más, el Tribunal reconoce que en sentencias anteriores, de la misma Sala, se ha mantenido el criterio contrario pero que la doctrina correcta es aquella que da prevalencia al convenio colectivo a la hora de fijar el montante retributivo incluso aunque este excluya conceptos retributivos a la jornada ordinaria de trabajo. Para ello, el Tribunal se basa en tres argumentos.

1) Que el art. 1 del Convenio OIT n. 132 dispone que “la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de los contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de los salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país”. Derivado de esto,

⁷⁰ Herraiz Martín, M., *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*, *óp. cit.*, p. 236.

⁷¹ SSTs 16 de diciembre de 2005 (rec. ud. 4790/2004); 29 de diciembre de 2005 (rec. ud. 764/2005); 14 de marzo de 2006 (rec. ud. 998/2005); 25 de abril de 2006 (rec. ud. 16/2005); 2 de febrero de 2007 (rec. 57/2006) 3 de octubre de 2007, (rec. ud. 2083/2006); y de 21 de diciembre de 2007 (rec. ud. 1989/2006), en la Jurisprudencia mas reciente también SSTs 26 de julio de 2010 (rec. 199/2009) y 6 de marzo de 2012 (rec. 80/2011).

el Tribunal Supremo entiende que los convenios colectivos son los que “dan efecto” a la norma internacional y, por tanto, esta queda subordinada a los pactos colectivos⁷².

2) El segundo argumento esgrimido por la Jurisprudencia se basa en que la norma internacional, debe ser interpretada “según los preceptos y principios constitucionales” (Art. 5.1 LOPJ), atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, y teniendo en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (art. 3.1 C.C.). De acuerdo con estos cánones interpretativos el Tribunal Supremo acepta la validez de las cláusulas colectivas que sustraen de la retribución de las vacaciones componentes salariales que pueden corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la «remuneración normal o media». Negar tal validez, asegura el Tribunal, supondría una restricción del principio de autonomía colectiva que subyace en el reconocimiento de «fuerza vinculante» a los convenios colectivos de trabajo efectuado en el art. 37.1 de la Constitución; restricción que no se justifica en el actual contexto histórico en el que no es necesaria para la efectividad del derecho a vacaciones (finalidad o razón de ser, como se ha dicho, de la norma internacional de garantía de remuneración normal o media) la identidad absoluta de lo percibido en el período vacacional con lo que correspondería por actividad normal en un mes de trabajo⁷³.

3) Aplicar el convenio de la OIT y, derivado de ello, aplicar dicha exigencia de identidad, entre el salario en jornada ordinaria y el salario durante las vacaciones, introduciría un factor de rigidez en cuanto a la percepción de las retribuciones, que no concuerda con la flexibilidad en la regulación de este aspecto del salario contenida en los arts. 3.3, 26.4, y 29.1 y 4 ET.

Consecuentemente con estos planteamientos queda resuelto en la

⁷² Por todas, STS de 20 de enero de 1992 (rec. ud. 948/1991).

⁷³ STS de 21 de enero de 1992 (rec. ud. 792/1991). En contra Albiol Montesinos, I., *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992, p. 117, este autor entiende que aun no existiendo el convenio de la OIT, la solución no podría ser diferente, puesto que si el trabajador recibiera durante las vacaciones un salario inferior al recibido de ordinario, no se cumpliría adecuadamente el mandato constitucional de garantizar el necesario descanso. También Argüelles blanco entiende que en caso de que la retribución fuera inferior no se cumpliría con el objetivo de las vacaciones que es proporcionar pleno descanso al trabajador, Argüelles Blanco A., *La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio de la OIT?, óp. cit.*, p. 783. En este orden de cosas García Ninet, JI., defiende que las vacaciones de los trabajadores, o son remuneradas, o no interesan al trabajador, en *Retribución del descanso dominical y de las vacaciones* en García Ninet, JI., *Retribución del descanso dominical y de las vacaciones* en Almansa Pastor, JM. (DIR.), *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, ed. Universidad de Valencia, 1976, p. 260.

Jurisprudencia la relación entre el convenio internacional de la OIT y el convenio colectivo, dando como resultado que el convenio colectivo tiene prevalencia sobre el convenio de la OIT, justo la conclusión contraria de la que se deriva del principio de jerarquía normativa. Así pues la Jurisprudencia para el caso del convenio n. 132 entiende que es subsidiario de la normativa interna en concreto de el convenio colectivo. En particular en la relación entre el salario y la retribución por vacaciones, esta interpretación de los tribunales españoles da como resultado que la retribución por vacaciones será la pactada en convenio colectivo. Así pues, los complementos salariales se pagarán si así se ha pactado, por el contrario no se pagaran los complementos si esta exclusión se ha realizado mediante convenio colectivo.

Ahora bien, esta cuestión que está resuelta en la Jurisprudencia, ha sido duramente criticada por la doctrina (de manera casi unánime), en base a los siguientes argumentos⁷⁴.

1) Los Tribunales confunden la eventual ejecutividad mediata de algunas prescripciones del Convenio internacional con su carácter dispositivo, es decir aprovechan que algunas disposiciones del convenio requieren de un desarrollo posterior para declarar dispositivo todo el convenio⁷⁵, incluyendo aquellos preceptos que establecen normas autosuficientes y que, por tanto, son imperativas para el convenio colectivo por una cuestión de jerarquía normativa⁷⁶.

2) En segundo lugar el Tribunal margina ante un conflicto de normas la aplicación de los principios de jerarquía normativa y norma más favorable, que deberían ser los que determinarían la norma aplicable⁷⁷. Y es que es cierto que la ley española puede autorizar al convenio colectivo a regular una materia, pero esa autorización no puede ir más allá de las competencias que la propia ley tiene⁷⁸. Y tal y como establece el art. 96

⁷⁴ En base a esta doctrina y citándola en la propia sentencia algunos tribunales se han opuesto al criterio del Tribunal Supremo, ver SSTSJ Navarra de 16 de julio de 2005 (rec. 207/2004) y 30 de septiembre de 2004 (Rec. 246/2004).

⁷⁵ Perez de los Cobos, F., "Sobre el carácter dispositivo del convenio 132 de la OIT (a propósito de la STCT DE 3-IV-87)", *AL*, T. III, 1990, p. 781; Sempere Navarro, A., y Charro Baena, P., *Las vacaciones laborales*, *óp. cit.*, p. 119.

⁷⁶ El art. 7 cuenta con ejecutividad inmediata en lo que se refiere a la exigencia de que la remuneración vacacional incluya todos los conceptos que el trabajador venga percibiendo. Una interpretación literal y teleológica del art. 7.1 arrija, en efecto, la conclusión de que contiene una norma de derecho necesario, en Llobard Bennisar, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, *óp. cit.*, p. 167.

⁷⁷ Perez de los Cobos, F., "Sobre el carácter dispositivo del convenio 132 de la OIT (a propósito de la STCT DE 3-IV-87)", *óp. cit.*, p. 782.

⁷⁸ Argüelles Blanco, A., *La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del*

CE, “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Así pues, la ley no puede derogar el Convenio de la OIT, ni permitir que los convenios colectivos establezcan disposiciones contrarias.

3) Añadido a estos argumentos, a mi entender, ni el contexto histórico actual ni la necesidad de flexibilización salarial, son argumentos suficientes para mantener la tesis del Tribunal Supremo. A mi entender, la flexibilidad no debe ser interpretada simplemente como moderación salarial, sino como adaptación de la empresa a las circunstancias del mercado. Así pues, una menor retribución percibida por el trabajador cuando este está de vacaciones, en ningún sentido busca adaptar los costes de la empresa a la situación económica del país, sino que pretende simplemente ahorrar costes de mano de obra.

A mi juicio, competir en costes en este mercado globalizado no conducirá a mejorar las posiciones competitivas de las empresas, sino que deberá ser a través de la mejora de la calidad (competitividad en calidad), y del aumento de la productividad, la única manera de mejorar la competitividad de nuestras empresas. En definitiva, permitir las reducciones de salario indiscriminadas no es flexibilidad salarial y, en este sentido, justificar que no se aplique el principio de equivalencia en base a la flexibilidad salarial, es otorgar a este un sentido distorsionado y retorcido.

En fin, por todo lo dicho, me debo sumar a las críticas realizadas por la doctrina a este respecto, puesto que entiendo que el art. 7 del Convenio n.º 132 de la OIT es norma autosuficiente, además de jerárquicamente superior al convenio colectivo, y que aunque requerirá de complementación por parte de la negociación colectiva, esta regulación accesoria no puede apartarse del principio de equivalencia entre lo recibido por jornada ordinaria y lo recibido durante las vacaciones.

3.2. El Convenio de la OIT n. 132 en el Derecho de Brasil

El Convenio n. 132 de la OIT fue ratificado por Brasil en septiembre de 1998, y promulgado por el Decreto n. 3197, de 5 de octubre de 1999, por lo que forma parte del Derecho interno de Brasil, de la misma manera que

convenio de la OIT?, óp cit., p 785.

forma parte del Derecho interno español. Vista la vigencia del convenio en ambos países, aquí acaban las similitudes. Ya que la regulación de Brasil sí recoge normativa propia respecto de la retribución de las vacaciones. Como se ha visto, la Constitución Española, solo recoge el derecho a unas vacaciones remuneradas, sin indicar en cuanto consistirá esa remuneración, y sin que la ley Española recoja tampoco cantidad alguna. Por lo que en España se deja en manos de la negociación colectiva la cantidad a abonar.

Por su parte en Brasil, la propia Constitución dentro del Título II, capítulo II referente a los Derechos Sociales, se establece en el art. 7 XVII, el derecho al disfrute de vacaciones anuales remuneradas, pero además añadiendo que esta remuneración consistirá por lo menos en un tercio más, que el salario normal. Así pues, mientras en España existe un vacío legal respecto a la remuneración de las vacaciones, en el Derecho de Brasil es la propia constitución la que garantiza cuanto deberán cobrar como mínimo los trabajadores durante las vacaciones.

De esta manera los principios ordenadores del salario establecidos en la normativa internacional serán los mismos pero su aplicación en cada país variará en gran medida. En Brasil al ser la propia Constitución la que garantiza el mínimo retributivo a percibir por los trabajadores y siendo esta más favorable que la normativa internacional esta será la aplicable para los trabajadores.

Y así será, pero solo en principio, puesto que esta solución proveniente de la norma más favorable ha sido criticada por la doctrina de Brasil de mano del Prof. Carvalho Leite⁷⁹. Este autor establece que cuando se trata de identificar la norma más beneficiosa, corresponde destacar que el modelo teórico es anticuado, este modelo defensor de la atomización de las normas solo existe en la ficción, ya que la operación de “pellizcar el texto normativo” distanciado los preceptos entre sí en cada uno de ellos, y permitiendo al trabajador que pueda elegir un grupo de reglas y no otras, da como resultado un conjunto de normas heterogéneas, provenientes de diferentes textos normativos ajenas a los centros de Derecho positivo (Conferencia internacional de la OIT, el legislador, la negociación colectiva, etc...) y los intereses perseguidos por cada una de las normas. Siguiendo con la argumentación del autor la elección de la norma más favorable debe ser objeto de atención en los postulados de la teoría de la

⁷⁹ Leite de Carvalho., C.A., “Férias na clt e na convenção 132 da OIT: normas parcialmente antinômicas”, *Revista Evocati*, n° 2, 2006, disponible en http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=8&tmp_secao=18&tmp_topico=direitotrabalho

conglobamento (también llamada teoría de conjuntos), sin buscar, y por lo tanto en cada norma, los preceptos que protegen más al empleado, sino que se debe tratar de identificar la norma que sea globalmente más protectora.

De este modo, la tesis de este autor parte de la idea de que en conjunto el Convenio n. 132 de la OIT es más favorable que la normativa interna de Brasil, y por tanto en su globalidad se debe aplicar el Convenio n. 132 de la OIT y no la normativa interna. Es importante hacer notar que para llegar a esta conclusión el autor otorga gran importancia al hecho de que la normativa internacional garantiza para Brasil 30 días de vacaciones, mientras que en Derecho interno de Brasil solo garantiza un mínimo 12 días de vacaciones anuales⁸⁰.

En cualquier caso, vemos como partiendo de legislaciones tan diferentes entre España (que tiene un vacío normativo) y Brasil (que regula el supuesto en la propia Constitución), los problemas planteados por la doctrina son los mismos.

En España se reclama por parte de la doctrina que de acuerdo con el principio de jerarquía normativa y de norma más favorable se aplique el art. 7 del Convenio de la OIT, dando como resultado la imposibilidad de que los convenios colectivos, establezcan un salario menor al “normal” durante las vacaciones. Mientras que en Brasil la doctrina recurre también al principio de norma más favorable para que se aplique el Convenio Internacional de la OIT, en este caso no con objeto de mejorar la retribución de los trabajadores sino de mejorar el periodo vacacional de estos.

De esta manera, se ve que los problemas planteados por la normativa internacional en el Derecho del Trabajo son mucho mayores que los planteados en otras disciplinas. El principio de norma más favorable para el trabajador es un principio de aplicación del Derecho que no existe en otras ramas del ordenamiento jurídico, pero que en la laboral es un pilar básico de esta, y que no debe ser olvidado a la hora de resolver un

⁸⁰ Art. 130 del CLT aprobada por el Decreto-Ley núm. 5452, de 1 de mayo de 1953, establece un baremo entre 12 y 30 en los siguientes términos. Artículo 130 - Después de cada período de doce meses del contrato de trabajo, el empleado tiene derecho a unas vacaciones, en la siguiente proporción:

- I - 30 días naturales, cuando no existió más de cinco ausencias.
- II - 24 días naturales, cuando existieron entre seis y catorce ausencias.
- III - 18 días naturales, cuando existieron entre quince y 23 ausencias.
- IV - 12 días naturales, cuando existieron entre 24 y 32 ausencias.

El autor establece que con este sistema en la realidad de Brasil las vacaciones habitualmente comprenden entre 18 y 12 días, Leite de Carvalho, C.A., *op. cit.*, p 3.

conflicto de normas, pero tampoco deber ser olvidado a la hora de la creación de estas.

No es objeto de esta investigación resolver la cuestión de la norma más favorable en Derecho del Trabajo, asunto que siempre está y estará presente a la hora de resolver un conflicto normativo, pero a modo de conclusión se ha querido poner de relieve la especialidad de esta disciplina respecto a los conflictos normativos. Especialidad que complica sobremanera la intervención de convenios internacionales en las fuentes reguladoras del Derecho del Trabajo.

Valga como muestra de lo antedicho, el ejemplo de los principios ordenadores del salario y en concreto de la retribución por vacaciones, las cuales con regulaciones tan diferentes (entre la de España y la de Brasil) y que siguiendo el principio de jerarquía normativa deberían quedar resueltos sin mayores problemas, (en el caso de España aplicando el convenio internacional, al ser superior al convenio colectivo, y en el caso de Brasil, aplicando la Constitución al ser esta superior al convenio internacional) no lo están debido a este principio específico de Derecho del Trabajo. Así pues, la aparición del principio de norma más favorable dificulta tal interpretación, llevando incluso a resoluciones contrarias a este principio de jerarquía normativa. Puesto que no olvidemos que para preceptos no imperativos, el principio de norma más favorable se aplica con prevalencia al principio de jerarquía normativa.

En definitiva, los convenios internacionales de la OIT, deberían tener en cuenta tal especialidad, sobre todo aclarando desde el propio texto del convenio que normas son dispositivas y que no, es decir que normas son imperativas y cuales son solo de derecho mínimo necesario⁸¹. De esta manera al menos el conflicto existente en el Derecho Español respecto al Convenio n. 132 quedaría resuelto. Aunque seguiría sin resolverse el problema en Derecho de Brasil, el cual si requeriría de un análisis pormenorizado de cual normativa es más favorable para el trabajador.⁸²

4. Valoración global

Al principio de este artículo se dijo que se tratarían dos temas. El primero respecto a la jerarquía normativa de la regulación del salario y el segundo respecto a la interpretación de los convenios de la OIT que regula

⁸¹ En cualquier caso la doctrina ya establece que en las disposiciones de la OIT no se puede presumir flexibilidad en Leite de Carvalho, C.A., *op cit.*, p 3.

⁸² Grisolia, J. A., “Relaciones Laborales: por un Derecho del Trabajo en Inclusión”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Editorial Abeledo Perrot.

principios ordenadores del salario. A resultas se ha comprobado que son dos cuestiones en gran medida interconectadas.

La normativa internacional, que en la teoría constitucional está bien encuadrada dentro de la jerarquía de fuentes, no lo está tanto en la normativa laboral debido al principio de norma más favorable. Este principio existente solo en el Derecho del Trabajo, busca garantizar la conexión entre los distintos órdenes normativos con el objeto de buscar la máxima protección de la parte contratante más débil. Así pues, este principio que juega a veces por encima del principio de jerarquía normativa dificulta la interpretación de los convenios internacionales de la OIT, causando un conflicto de leyes que se debe intentar evitar desde la propia literalidad de las normas Internacionales.

En el ejemplo estudiado en esta investigación, los tribunales españoles entienden que la normativa internacional es dispositiva, permitiendo que los convenios colectivos pacten retribuciones durante las vacaciones menos favorables que las admitidas por el Convenio de la OIT, desplazando de esta manera tanto el principio de jerarquía normativa como el principio de norma más favorable. Por su parte, en Brasil en aplicación del mismo Convenio Internacional, la doctrina pide que se aplique el Convenio de la OIT debido a que este proporciona globalmente mejores resultados para el trabajador, a pesar de que en el concreto caso de la retribución a recibir la normativa interna de Brasil es claramente más favorable que la Internacional.

En cualquier caso es importante señalar que el convenio nº 132 de la OIT no es dispositivo, o al menos no lo es el art. 7, por lo que es de aplicación directa. De esta manera a través del principio de jerarquía, en España, un convenio colectivo no puede modificar *in peius* lo establecido en él. Mientras que en Brasil por el principio de jerarquía normativa, el convenio internacional no puede modificar *in peius* lo establecido en la Constitución.

5. Bibliografía

Alvarez de la Rosa, M., “La retribución de las vacaciones”, *TS*, n. 38, 1994.

Arguelles Blanco, A., “La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio de la OIT?”, *AL*, n. 3, 1998.

Blasco Pellicer, A., “La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral”, *AS*, n. 17, 2004.

- Charro Baena, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000.
- García Ninet, J. I., “Retribución del descanso dominical y de las vacaciones” en Almansa Pastor, J. M. (Dir.), *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, ed. Universidad de Valencia, 1976.
- Herraiz Martín, M., *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*, CES, Madrid, 1997.
- Leite de Carvalho, C. A., “Férias na clt e na convenção 132 da oit: normas parcialmente antinômicas”, *Revista Evocati*, n. 2, 2006.
- Llobard Bennassar., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, La Ley, Madrid, 2007.
- Monereo Pérez, J.L., “Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica” *TS*, n. 87, 1998.
- Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.
- Pedrajas Moreno, A., “Nueva regulación de la estructura salarial: Puntos críticos” *AL*, n. 2, 1994.
- Perez de los Cobos, F., “Sobre el carácter dispositivo del convenio 132 de la OIT (a propósito de la STCT DE 3-IV-87)”, *AL*, T. III, 1990.
- Ramírez Martínez, J.M., y Alfonso Mellado, C.L., *El salario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Roqueta Buj, R., “La prestación salarial” en AAVV., *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- Sempere Navarro, A., y Charro Baena, P., *Las vacaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2003.

Informalidad y trabajo decente en Colombia: análisis desde la perspectiva de género

Omar Ernesto CASTRO GÚIZA*

RESUMEN: Este estudio analiza el fenómeno del trabajo informal desde la perspectiva de género, y describe los principales aspectos cualitativos y cuantitativos que se generan para las trabajadoras, como consecuencia del desempeño de actividades laborales enmarcadas dentro del concepto de informalidad.

En este documento⁸³ se presentan las nociones de “trabajo informal” expuestas por los principales organismos internacionales. Asimismo, se muestran los datos más relevantes sobre el fenómeno, a nivel mundial y nacional; además, se describen las estrategias jurídicas, los pronunciamientos gubernamentales y las diversas investigaciones sobre el tema, que en Colombia pretenden coadyuvar a examinarlo y encontrarle soluciones.

Palabras clave: Trabajo informal, Trabajo Decente, perspectiva de género, desprotección.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Metodología. 3. Concepto de Trabajo Informal 4. El Trabajo Informal en Colombia 5. Conclusiones 6. Bibliografía.

*Abogado, Especializado en derecho del trabajo y seguridad social, Magister en derecho, Doctorando en derecho de la Universidad Santo Tomás. Profesor universitario en Universidad Cooperativa de Colombia sede Ibagué.

⁸³ Artículo de investigación que muestra los avances del proyecto sobre “Trabajo Informal en Colombia” adelantado por el autor en la Universidad Cooperativa de Colombia.

1. Introducción

Desde los inicios de la Globalización de la economía surgida a finales del siglo XX, el mundo del trabajo ha sido afectado significativamente, observándose un aumento de la flexibilidad en las modalidades de ejecución de actividades laborales, desempleo y precarización del trabajo. Es así, como se han incrementado diversas maneras flexibles de producción, entre las cuales el trabajo informal se ha destacado por ofrecer la solución inmediata para la generación de ingresos y la subsistencia de los individuos. Sin embargo, el trabajo en el sector informal, así como lo comentó en un primer concepto la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁸⁴, no ofrece condiciones laborales dignas, ni justas para el trabajador de este sector, y por el contrario su escenario de trabajo se precariza; observándose falta de protección social, remuneración baja y desigualdad frente a los trabajadores formales.

En el más reciente informe de la CEPAL (Comisión Económica Para América Latina y El Caribe), se asegura que la región presenta un índice promedio de informalidad (41%) muy superior al promedio mundial (33%), indicándose que de cada 100 trabajadores aproximadamente 56 tienen un empleo informal (CEPAL, 2012).

En Colombia, varias instituciones⁸⁵ oficiales han analizado la situación del trabajo informal en el país en los últimos diez años; desde allí se han obtenido datos sobre índices de: desempleo nacional y regional, trabajadores informales, condiciones básicas de los grupos familiares, ingresos per cápita, afiliación al sistema de seguridad social, discriminación laboral de género, entre otros que han presentado una visión generalizada de la problemática a nivel nacional.

Gracias a ello, se ha determinado que en el país, el fenómeno de la informalidad laboral ha aumentado en las últimas dos décadas, registrando un índice mayor al 50%, frente a la totalidad de las actividades que se consideran empleo. Al respecto, se han observado las consecuencias negativas para los trabajadores informales referentes a las condiciones en que desempeñan sus labores y la falta de protección en las mismas, validando la tendencia mundial descrita por OIT en su Conferencia 78, sobre la precarización del empleo en el sector informal.

⁸⁴ OIT. 1991. Conferencia 78 : El dilema del sector no estructurado: Memorias del director general. Ginebra.

⁸⁵ Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 2014. Medición del empleo informal Bogotá; Consejería presidencial para la equidad de la mujer. 2010. El desarrollo económico de las mujeres, una realidad impostergable. Bogotá: Presidencia de la república de Colombia.

Según el Banco de la República de Colombia, en el país, seis de cada diez personas ocupadas, desempeñan sus labores en la informalidad, ubicándose en este rango las personas que reciben bajos ingresos, aquellas que no están cubiertas por el sistema de seguridad social, otras por su bajo nivel educativo o por otros criterios que permiten distinguir su alto nivel de vulnerabilidad y pobreza⁸⁶.

Sobre el mismo punto, los datos más recientes del Departamento Administrativo Nacional de Estadística–DANE, registran que para el trimestre enero – marzo de 2014, del total de ocupados en el país, un 48,7% tenía un empleo informal, de los cuales, 51,3% eran hombres y 48,7% mujeres.

Desde allí, se observa la existencia una alta participación de las mujeres en el desempeño de actividades informales. Para sustentar tal afirmación, se referencian los datos de la Presidencia de la República a través de la Consejería presidencial para la equidad de la mujer⁸⁷, la cual manifiesta que las mujeres están sobrerrepresentadas en el sector informal y en las distintas formas de trabajo precario, caracterizadas estas labores por la ausencia de protección social, limitaciones en el acceso a la tecnología, bajas remuneraciones y grandes impedimentos para acceso a créditos.

Teniendo en cuenta los referentes anteriores, en el desarrollo de este documento se tratará la problemática de la informalidad laboral desde la perspectiva de género. Describir la desprotección jurídica en que desempeñan sus actividades las mujeres trabajadoras informales en Colombia, es el objetivo del presente artículo. Para tal fin, se observaron los estudios realizados sobre el tema por organismos internacionales, investigaciones regionales, y los informes de las instituciones públicas y centros académicos colombianos.

La necesidad y pertinencia de analizar la problemática planteada, para contribuir a la solución de la misma, se basa en la insuficiencia de estudios nacionales desde la óptica jurídica, que permitan identificar las condiciones de desprotección laboral en que desempeñan sus actividades las trabajadoras informales y las consecuencias particulares y familiares que ello genera, con el ánimo de contribuir a la formulación de una estrategia normativa que permita que ellas y sus familias gocen de trabajo decente y vida digna.

⁸⁶ Galvis, L. A, *Informalidad laboral en las áreas urbanas de Colombia*. Documentos de Trabajo sobre Economía Regional (164), 2012, pp. 1-32.

⁸⁷ Consejería presidencial para la equidad de la mujer, *El desarrollo económico de las mujeres, una realidad impostergable*. Bogotá: Presidencia de la republica de Colombia, 2010.

2. Metodología

El artículo utiliza un método de investigación descriptivo y explicativo; teniendo en cuenta el concepto de Hernández, Fernández, y Baptista, “los estudios descriptivos se centran en recolectar datos que muestran un evento, una comunidad, un fenómeno, hecho contexto o situación”. En tal sentido, este estudio analiza el trabajo informal desde la perspectiva de género, su concepto, causas generadoras del fenómeno, lineamientos de los organismos internacionales y nacionales.

Esta investigación refleja un estudio cualitativo sobre el tema. Para la recolección de la información, se utilizaron fuentes primarias y secundarias; las primarias están constituidas por la Constitución política, leyes, decretos, datos estadísticos del DANE y presidencia de la República de Colombia. En lo que respecta a las fuentes secundarias, provienen de documentos publicados por la ONU, OIT, documentos de centros académicos y libros y artículos relacionados.

Esta disertación describe en un primer momento los conceptos, causas y números más representativos del fenómeno de informalidad laboral, a nivel internacional, obtenido de los estudios de organizaciones gubernamentales, organizaciones no gubernamentales (ONG) y centros académicos. En segundo lugar, se exponen la problemática desde la perspectiva nacional, a través de los pronunciamientos de la presidencia de la República de Colombia y la Corte Constitucional, informes del DANE, marco legal e investigaciones específicas. En un tercer momento, se presenta el análisis de los resultados; y por último se exponen las conclusiones. El Trabajo reconocido como un derecho humano, ha sido admitido, dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, así como lo describe el pacto internacional vigente, el cual lo señala en el artículo 7 en los siguientes términos: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”.

3. Concepto de Trabajo Informal

Asimismo, la citada norma expresa que el trabajo debe garantizar una remuneración adecuada a los trabajadores, condiciones de existencia digna para ellos y sus familias, igualdad de género en el ámbito laboral, seguridad e higiene en el trabajo y tiempo para el descanso y la recreación⁸⁸.

⁸⁸ Organización de las Naciones Unidas. (16 de 12 de 1966). Oficina del Alto

Entre las diversas modalidades de trabajo se encuentra el “trabajo informal”, el cual fue expuesto por primera vez en el concepto de K.Hart en 1971, para describir a los trabajadores de zonas urbanas que laboraban en zonas marginales de las ciudades de los países en vía de desarrollo, caracterizándose por ejecutar múltiples actividades sin regulación normativa, sin protección social, con uso de recursos propios y bajos ingresos⁸⁹.

Por su parte, la OIT definió la “economía informal” como:

Las muy pequeñas unidades de producción y distribución de bienes y servicios, situadas en las zonas urbanas de los países en desarrollo; dichas unidades pertenecen casi siempre a productores independientes y trabajadores independientes que a veces emplean a miembros de la familia o a algunos asalariados o aprendices. Estas unidades disponen de muy poco o ningún capital; utilizan técnicas rudimentarias y mano de obra escasamente calificada; por lo que su productividad es reducida; quienes trabajan en ellas suelen obtener ingresos muy bajos e irregulares y su empleo muy inestable⁹⁰.

En Colombia, el DANE adoptó los conceptos de informalidad expuestos en la resolución⁹¹ de la OIT de 1993 y las recomendaciones⁹² del grupo de

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 17 de 02 de 2013, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

⁸⁹ Cervantes Gutiérrez y Palacios, J. E., “El concepto de la economía informal y su aplicación en México: factibilidad, inconvenientes y propuestas”, *Estudios demográficos y urbanos*, 2008, pp. 21-54

⁹⁰ OIT, Conferencia 78: *El dilema del sector no estructurado: Memorias del director general*. Ginebra: O.I.T, 1991.

⁹¹ En 1993 la XV Conferencia Internacional del Trabajo, con el fin de permitir la inclusión del sector informal en el sistema de cuentas nacionales y medir su contribución al PIB de cada país, la OIT definió el sector informal como “un conjunto de unidades dedicadas a la producción de bienes o la prestación de servicios con la finalidad primordial de crear empleos y generar ingresos para las personas que participan en esa actividad. Estas unidades funcionan típicamente en pequeña escala, con una organización rudimentaria, en la que hay muy poca o ninguna distinción entre el trabajo y el capital como factores de producción. Dichas empresas no están registradas bajo las formas específicas de la legislación de cada país, tales como actas comerciales, leyes de seguridad social, etc. y sus empleados no están cubiertos por las normas de la legislación laboral vigentes”.

⁹² En el año 2003 el “Grupo de Delhi” definió como informales a las empresas de hasta cinco trabajadores asalariados; no registradas y ubicadas en actividades no agrícolas, incluidas las actividades de profesionales y técnicos que cumplieran con esas características, pero excluido el servicio doméstico. El Grupo de Expertos sobre las estadísticas del sector no estructurado, comúnmente denominado “Grupo de Delhi”, se creó en 1997 en el marco de los grupos de ciudades de la Comisión de Estadística con el fin de abordar diversos asuntos metodológicos relativos al tratamiento del sector no

DELHI⁹³, ajustando tales definiciones al caso particular.

Con los referentes anteriores se afirma, que los elementos distintivos de la economía informal son, por una parte, la estructura incipiente de la organización productiva y, por otra, la inestabilidad y escasez de garantías en el empleo. Sin embargo, la misma OIT, reconoció la evolución del concepto de trabajo informal y desde hace varios años ha utilizado la expresión “sector informal de la economía” para describir las diversas actividades de trabajadores pobres que no son reconocidas, protegidas, ni reguladas por las autoridades públicas, tales como las ventas callejeras, trabajo doméstico, trabajos de empresas explotadoras, trabajos a domicilio, trabajos independientes, microempresas, entre otros.

Asimismo, la OIT distingue dos principales características de los trabajadores informales; la primera se refiere a que este tipo de trabajadores no están reconocidos, ni protegidos dentro de los marcos jurídicos y reglamentarios de los Estados y en segundo lugar, están afectados por un alto nivel de vulnerabilidad, siendo sus labores muy inestables y sus ingresos muy bajos e irregulares⁹⁴.

Atendiendo la problemática del trabajo informal y las demás que se generan desde el trabajo en el mundo, la OIT diseñó el Programa de Trabajo Decente (en adelante PTD), presentado por primera vez en la 87 reunión de junio de 1999 en Ginebra–Suiza por la Conferencia Internacional del Trabajo.

El primer concepto de trabajo decente se expuso en 1999 por el entonces director general de la OIT, el chileno Juan Somavía, en los siguientes términos: “Trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”.

En el mencionado informe, se describe la necesidad de una política de género en el mundo laboral, sustentando tal afirmación en que los cambios que ha sufrido el mundo laboral han permitido a las mujeres mayor autonomía y más oportunidades laborales, pero a su vez las nuevas formas flexibles de trabajo las han convertido en víctimas sociales, toda vez que muchas de esas actividades están por fuera de la legislación del

estructurado. <http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc10/2010-26-DelhiGroup-S.pdf>

⁹³ El Grupo de Expertos sobre las estadísticas del sector no estructurado, comúnmente denominado “Grupo de Delhi”, se creó en 1997 en el marco de los grupos de ciudades de la Comisión de Estadística con el fin de abordar diversos asuntos metodológicos relativos al tratamiento del sector no estructurado. <http://unstats.un.org/unsd/statcom/doc10/2010-26-DelhiGroup-S.pdf>

⁹⁴ Oficina Internacional del Trabajo, *98 Conferencia internacional del trabajo, la igualdad de género como eje del trabajo decente*. Ginebra, 2009.

trabajo, generando una segregación laboral, que las ubica en las labores más desprotegidas de la economía, ello sustentado además en condiciones de muchas de ellas como cabeza de familia, víctimas de la emigración, la violencia y el abandono.

El PTD se desarrolla a partir del estudio de cuatro variables: el diálogo social, los derechos de los trabajadores, la protección social y el empleo. Este último, según Ghai, “abarca todas las clases de trabajo y tiene facetas cualitativas y cuantitativas. La idea de trabajo decente es válida tanto para los trabajadores de la economía regular como para los trabajadores asalariados de la economía informal, los trabajadores autónomos (independientes), y los que trabajan a domicilio”⁹⁵.

El mencionado autor afirma que el concepto de trabajo decente incluye la reflexión acerca de las posibilidades reales de trabajar a partir de la oferta suficiente de empleo, las condiciones y la dinámica de la remuneración, las garantías respecto a la seguridad durante el transcurso de las labores y las propias características de higiene en el trabajo.

Para la OIT la adopción de un enfoque integral de la igualdad de género es un elemento intrínseco del Programa de Trabajo Decente. Al respecto, la Conferencia 98 de este organismo destaca que la igualdad de género no es solo una cuestión de derechos humanos y de justicia en el mundo del trabajo, sino que además constituye una estrategia para los empleadores con el objetivo del crecimiento económico, así como un punto de medición del compromiso de los estados respecto de sus políticas sociales y económicas, para el desarrollo interno. Sin embargo, las mujeres siguen estando en posición de desventaja comparadas con los hombres, pues estos últimos continúan gozando de mayores oportunidades laborales y mejores ingresos; muestra de ello son los datos que se presentan a continuación: en 2007, unos 1.200 millones de mujeres estaban empleadas o en procura de encontrar trabajo; muchas de ellas eran discriminadas en relación con el acceso a la formación y al empleo, y no tenían opción diferente a la de ejercer trabajos «femeninos», contaban con pocas posibilidades de movilidad y su remuneración se representaba en salarios inferiores por un trabajo de igual valor o no podían conseguir un ingreso suficiente. En distintas zonas del mundo, el género femenino continúa encabezando la lista de los desempleados, alcanzando casi el 80 por ciento en el Medio Oriente, África del Norte y Asia y el Pacífico. En tratándose, de las trabajadoras informales se reafirma que sus labores son precarias y su remuneración inadecuada, además que son más susceptibles de quedar

⁹⁵ Ghai, D., “La Medición del Trabajo Decente”, *Revista Internacional del Trabajo*, 122 (2), 2003, p. 122-156.

excluidas laboralmente, en la medida en que deben compaginar sus actividades productivas y reproductivas⁹⁶.

En el año 2007, la OIT en coadyuvancia con la Organización Mundial del Comercio (OMC), presento las conclusiones de un estudio realizado por estos organismos sobre trabajo informal en el mundo y sus consecuencias principales; en torno a dicha investigación se afirma que los trabajadores de la economía informal están desprovistos de seguridad en el empleo, no tienen acceso a prestaciones sociales y sus posibilidades de capacitación y formación son escasas, es decir no gozan de un trabajo digno. Asimismo, este estudio asevera que un Estado donde exista un alto nivel de economía informal, se limita la proyección y magnitud de las empresas, su productividad, se restringe la capacidad de creación de nuevos puestos de trabajo formales y se estimula la pobreza. Lo anterior, indica que entre mayor economía informal existente en un país, mayor es su índice de pobreza y menor su desarrollo⁹⁷.

Refiriéndose a la discusión de la problemática del trabajo informal, la Conferencia Sindical Internacional, manifiesta que más del 60% de las mujeres que laboran en el mundo, se encuentran desempeñando oficios informales, con gran improbabilidad de obtener ingresos adecuados, trabajos seguros y estables y sin gozar de protección social. Además, esta organización internacional afirma que en 2007, el 52,2 % de las mujeres en condiciones de trabajar, se encontraban laborando o buscando desempeñar un oficio, mientras que el índice masculino era del 78,8%. En el mismo sentido, expresa que “La situación de las mujeres trabajadoras se ve a menudo agravada por una mezcla de discriminación económica, discriminación de género y normas culturales, lo que las hace vulnerables a la exclusión por parte de compañeros y directivos varones así como a las desventajas económicas”⁹⁸.

Atendiendo la misma problemática, la secretaria general adjunta de la Organización de las Naciones Unidas para la Mujer, Michelle Bachelet, afirma que el trabajo informal que desempeñan las mujeres en los países en vía de desarrollo, sigue siendo un tema con poca atención, con mínima inclusión en el diseño de políticas públicas y procesos comerciales, subrayando que estas trabajadoras enfrentan dificultades de acceso al crédito, transporte, servicios generales, además de estar expuestas a

⁹⁶ Oficina Internacional del Trabajo, *98 Conferencia intrnacional del trabajo, la igualdad de género como eje del trabajo decente*. Ginebra, 2009.

⁹⁷ Organización Internacional del Trabajo y Organización mundial del comercio, *La globalización y el empleo en el sector informal en los países en desarrollo*, 2007.

⁹⁸ Conferencia sindical internacional, *1º Conferencia mundial para la mujer, Trabajo decente, vida decente para la mujer*. Bruselas: CSI, 2009.

abusos⁹⁹.

Reafirmando la situación de discriminación contra la mujer en el ámbito laboral, la OIT, en informe de 2010, asegura que el desprecio hacia el sexo femenino en el trabajo todavía se encuentra muy presente en la sociedad, y que la anhelada igualdad de géneros en el trabajo, aun no es una realidad palpable. Igualmente, señala que a pesar de que entre los años 1980 y 2008 se observó que disminuyó la diferencia porcentual en el trabajo desde el género, pasando de un 32% a un 26%, en varios países europeos se mantiene notablemente la tendencia a la discriminación. En el caso Latinoamericano y del Caribe se observó un aumento significativo de la inclusión de las mujeres en el mundo del trabajo, siendo la región mundial con mayor progreso en el tema. No obstante, una de las directivas (Sara Elder) de la dependencia de tendencias del empleo del organismo del trabajo, afirmó en el mismo informe, que todavía se mantiene la participación activa y mayoritaria de las mujeres en el desempeño de labores informales y precarias, ya sea porque es la única opción de laborar que se les presenta, o porque estas actividades les permiten combinar las responsabilidades familiares y las de su trabajo¹⁰⁰.

Confirmando, el fenómeno de sobrerepresentación de la mujer en el sector informal, la OIT en informe del panorama laboral de América Latina y El Caribe del año 2011, informa que para la década de los 2000, teniendo en cuenta a 16 países de la región, se presentó una incidencia de empleo informal en las mujeres del 53.7%, siendo mayor a la de los hombres que presentó un 47.8%. Esta diferencia de género se explica según el organismo, porque casi todo el empleo doméstico es ejecutado por mano de obra femenina; y este mayoritariamente se constituye en un trabajo informal, presentándose un desacato generalizado a las normas de seguridad social.

Por su parte, el Banco Mundial (2007) afirma que en América Latina y el Caribe el empleo informal urbano abarca un 54%, diferenciando dos grupos de ellos, por un lado los trabajadores informales asalariados que representan un 24%, y en segundo lugar los trabajadores informales no asalariados que constituyen un 30% aproximadamente. Asimismo, esta institución indica que este tipo de trabajadores declaran que no contribuye a los planes de protección social porque sus ingresos son bajos, además de

⁹⁹ ONU-MUJERES, (05 de 2011), Recuperado el 14 de 01 de 2013, de <http://www.unwomen.org/es/2011/05/least-developed-countries-will-benefit-if-they-pay-attention-to-needs-of-women-in-formal-and-informal-trade/>

¹⁰⁰ Organización Internacional del Trabajo, (05 de 03 de 2010). OIT. Recuperado el 15 de 01 de 2013, de http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_123838/lang--es/index.htm

su desconocimiento por los beneficios que ellos traen; y que en países como Colombia las personas dedicadas a las actividades informales registran niveles de satisfacción de necesidades muy bajos¹⁰¹.

Refiriéndose al tema, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en el estudio realizado sobre informalidad laboral (2001) destaca que en casi todos los países de Latinoamérica, con excepción de República Dominicana, hay una mayor participación de mujeres en este tipo de actividades, siendo las más frecuentes, las del servicio doméstico y las actividades por cuenta propia. En el mismo informe se plasma que según Pollak, existe en Latinoamérica, un alto número de mujeres desempeñando trabajos informales debido a tres factores: el primero de ellos, se cimienta en el aumento de mano de obra femenina debido al aumento en la educación y capacitación media por parte de este género, el segundo se refiere a la disminución de los ingresos familiares debido a la crisis económica regional, lo cual exige que la mujer genere recursos para el hogar; y por último, el poco acceso que tienen las mujeres a empleos formales y bien remunerados genera tendencias para desempeñar actividades informales, como posibilidad de empleo¹⁰².

Continuando con el estudio del caso Latinoamericano, Abramo, asegura que las mujeres trabajadoras informales de esta región del mundo sufren la desprotección laboral en un índice más alto que el de los hombres, debido a que sus empleos son más inestables, ya que ellas además de la protección general que debe recibir cualquier trabajador para cubrir contingencias como las enfermedades, desempleo, vejez, entre otras, necesitan del cubrimiento especial en sus periodos reproductivos¹⁰³.

Al respecto, y como causas de la problemática según Veleza Da Silva, el mundo del trabajo ha estado experimentando cambios originados desde el fenómeno de globalización y después de los años ochenta el trabajo se ha ido flexibilizando en todo el contexto mundial, la flexibilización trasladada a los trabajadores, transgrede y cuestiona la normatividad vigente, su horario, su duración, los salarios y la protección social, permitiendo que surjan nuevas formas de trabajo, inestables y de corta duración, que reflejan condiciones deficientes para el trabajador. Son formas de trabajo que no están enmarcadas dentro de los conceptos tradicionales de trabajo, tales como el trabajo a tiempo parcial, el teletrabajo, trabajo a domicilio, trabajo de aprendizaje para jóvenes, entre otras, “es la llamada economía

¹⁰¹ Banco Mundial, *Informalidad: escape y exclusión*. Washington: Banco Mundial, 2007.

¹⁰² Freije Samuel- Banco Interamericano de Desarrollo, *El empleo informal en América Latina y el Caribe: causas, consecuencias y recomendaciones de políticas*, Washington, 2001.

¹⁰³ Laís Abramo-Oficina Internacional del Trabajo, *Trabajo decente y equidad de género en América Latina*. Santiago de Chile: Laís Abramo, 2006.

informal, invisible o paralela”¹⁰⁴.

4. El Trabajo Informal en Colombia

En el país, el trabajo en el sector informal constituye una modalidad habitual para generar ingresos económicos, basta mirar los últimos datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) sobre el tema y se refleja en que casi la mitad (48,7%) de las personas empleadas en el país desempeñan actividades informales. Asimismo, la entidad informa que del total de ocupados, el 91,3% aproximadamente están afiliados al sistema de seguridad social en salud y solo un 46,7% en pensiones¹⁰⁵.

Sobre el tema, la Procuraduría General de la Nación según estudio reciente afirma, que el contexto laboral colombiano es preocupante, al respecto afirma: que de cada diez colombianos trabajadores, seis no tienen un empleo digno, que el 63% de los trabajadores del país ejercen labores de baja calidad, lo que se representa en desigualdad y desprotección laboral, evidenciando que nuestro país es el más desigual en América Latina. Asimismo, se observa que el 46% de los ingresos de los trabajadores, son menores de 1 salario mínimo mensual y que la forma de vinculación por intermediación (CTA, EST Y OPS) subió al 27,4% en 2007, con proporción semejante de contratación a término fijo¹⁰⁶.

Además, los datos obtenidos de la gran encuesta de hogares colombiano, reflejan la situación laboral colombiana entre 2001-2007 y señalan que un 61,1% de las mujeres empleadas, desempeñan actividades informales. El DANE también indica que para el periodo octubre-diciembre de 2012, la tasa de desempleo de las mujeres fue del 12,4%, superando la de los hombres, la cual registró un 6,8%. Además, indica que la tasa de ocupación en la misma época fue de 47,5% para las mujeres, siendo inferior a la de los hombres, cuyo índice fue del 70,8%¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Veleda Da Silva, S., *Trabajo Informal, Género y Cultura*, Barcelona: Tesis Doctoral, 2003.

¹⁰⁵ Departamento Administrativo Nacional de Estadística, *Medición del empleo informal y seguridad social: Trimestre móvil-Octubre-Diciembre 2013*. Recuperado el 28 de 01 de 2014.

en:
http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_ech_informalidad_ene_mar2014.pdf

¹⁰⁶ Procuraduría General de la Nación, *Trabajo Digno y Decente en Colombia*. Bogotá: Procuraduría, 2012.

¹⁰⁷ Departamento Administrativo Nacional de Estadística. *Mercado laboral por sexo: Trimestre móvil: Octubre-Diciembre 2012*. Recuperado el 03 de 01 de 2014, de http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_género/bol_sex0_0ct

Sobre el tema de informalidad laboral, la Honorable Corte constitucional Colombiana también ha sentado su posición en distintos pronunciamientos. En uno de los más recientes (T-135 de 2010) reitera su doctrina, indicando que esta es una modalidad de trabajo de la cual dependen muchas familias en Colombia, y que el derecho al trabajo debe ser protegido inclusive cuando riñe con otros derechos fundamentales, tales como los derivados del espacio público, cimentando sus afirmaciones en la teoría de la confianza legítima que debe garantizar el Estado a los ciudadanos. También, exhorta a los organismos gubernamentales a que busquen alternativas de reubicación y mejora de las condiciones en que desempeñan sus labores los trabajadores del comercio informal con el ánimo de garantizar sus derechos fundamentales (Sentencia T-135, 2010). Igualmente, el máximo órgano de justicia constitucional ha revalidado la posición del derecho del trabajo como un derecho humano fundamental, caracterizado como un derecho económico y social, que permite que los trabajadores y sus familias vivan en condiciones dignas y justas. Asimismo, ha indicado que el Estado debe formular políticas públicas que efectivicen el derecho del trabajo desde la perspectiva del trabajo decente; esto es estrategias que reduzcan el desempleo, formalización de puestos de trabajo, garantía de desempeño de actividades laborales en condiciones dignas y justas, entre otras¹⁰⁸.

Por su parte, Orjuela Góngora asegura que la informalidad se ha convertido en una salida rápida a la gran problemática del desempleo en Colombia y América Latina. Indica además, que el desempleo en las últimas décadas ha crecido debido a diversos fenómenos a saber: la violencia que ha obligado a las personas del sector rural a desplazarse a las ciudades, el proceso de recesión económica de las décadas de los 80's y 90's, los altos costos de formalización para pequeñas empresas, las altas cargas tributarias, el decrecimiento de la mortalidad infantil y la fecundidad, la discriminación laboral hacia las mujeres, la subutilización de la fuerza de trabajo, la exigencia de mano de obra calificada para trabajos que no lo requieren, el desempeño de cargos por parte de personas sin la debida preparación técnica y la creación de empleos temporales e intermitentes con baja calidad y remuneración¹⁰⁹.

_may14.pdf.

¹⁰⁸ Corte Constitucional. (2011). La jurisprudencia de la corte constitucional frente a la creación de trabajo formal. Recuperado el 31 de Enero de 2012, de Corte Constitucional de Colombia:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/viencuentro/conferencia%20gemm.php>

¹⁰⁹ Orjuela Gongora, C., "Desempleo y sector informal", *Revista Derecho Social*, 1990, p. 48.

Desde la expedición de la carta política del 1991, el trabajo se constituyó como uno de los pilares fundamentales del Estado colombiano para su desarrollo, por tal razón dentro del articulado constitucional se incluyeron varias normas que consagran los principios laborales, iniciando desde el artículo 25, el cual reconoce el trabajo en cualquiera de sus modalidades como un derecho, pero también como una obligación social con protección especial del Estado. En el mismo sentido, el artículo 53 constitucional enlista los principios laborales mínimos fundamentales que se utilizarán como fuente primaria para la aplicación en las relaciones de trabajo, entre ellos se mencionan: igualdad de oportunidades para los trabajadores y protección especial a la mujer, los cuales aunados al principio contenido en el artículo 43 *ibídem*, que afirma que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades y la mujer no podrá ser sometida a ningún tipo de discriminación, conforman un grupo sólido de principios que buscan la erradicación de la discriminación de género en Colombia.

Como respuesta a la exigencia de implementar políticas públicas para el trabajo decente en Colombia y que aporten soluciones a la problemática de la informalidad laboral, el legislador nacional expidió la ley 1429 de 2010 “Ley de formalización y generación de empleo”, la cual se ha constituido en el intento más significativo del Estado con el ánimo de avanzar en la solución a la problemática de la informalidad en Colombia. La mencionada norma define dos tipos de modalidades de informalidad en el empleo: Por un lado, conceptualiza la “Informalidad por subsistencia” como aquella caracterizada por el desempeño de actividades sin observancia de exigencias legales y que se ejerce por una persona, familia o núcleo social con el ánimo de satisfacer su mínimo vital. En segundo lugar, se entiende la “Informalidad con capacidad de acumulación” como una expresión del trabajo que no necesariamente es representativa de baja productividad. Respecto, de su objeto, la Ley 1429, se orienta a ofrecer beneficios e incentivos económicos para que las empresas se formalicen con costos menores, y desde allí se pueda generar empleo¹¹⁰.

En lo pertinente, a la especial protección que reconoce el Estado Colombiano a la situación laboral de la Mujer, mediante la ley 51 de 1981, se ratificó “La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas”, destacándose en su articulado, el mandato contenido

¹¹⁰ Congreso de Colombia. 29 de Diciembre de 2010. Ley 1429 "Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo". *Diario oficial* 47.937.

en el artículo 11, el cual exige la eliminación de cualquier tipo de discriminación en el ámbito laboral¹¹¹.

Reafirmando el interés estatal para la protección de la mujer en el escenario del trabajo, se expidió recientemente la ley 1496 de 2011, la cual se traza como objetivo principal hacer realidad la igualdad laboral entre hombres y mujeres, siendo la remuneración el factor determinante para lograrla tanto en el sector público como privado. Así mismo, esta ley reforma el artículo 10 del código sustantivo del trabajo, el cual indica que queda abolida cualquier forma de discriminación en razón al género, para garantizar la igualdad de trabajadoras y trabajadores¹¹².

En el mismo sentido, se diseñó una acción afirmativa que terminó con la expedición del decreto 4463 de 2011 cuyo objeto se centra en la eliminación de cualquier forma de discriminación y actos violentos en contra de la mujer en el ámbito del trabajo, con el ánimo de promover el reconocimiento social y económico de la mujer y lograr la igualdad salarial. Esta norma, advierte que las acciones tendientes a proteger a la mujer en el ámbito laboral, se aplicaran a cualquier forma de vinculación y modalidad de trabajo¹¹³.

En lo que corresponde a estudios nacionales, Roldan y Ospina, realizaron uno, sobre informalidad en la región Caribe colombiana; de allí concluyeron que la educación es un pilar fundamental en la informalidad, pues entre menor educación y capacitación se posee, mayor es la posibilidad de ejercer actividades informales. Igualmente afirman, que la calidad de ser jefe de hogar es otro factor determinante para el desempeño de labores informales¹¹⁴.

Atendiendo, la problemática de la informalidad desde la perspectiva de género en Colombia, se tiene en cuenta la investigación realizada por

¹¹¹ Congreso de la República. 1981. Ley 51 de 1981: "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 d. *Diario Oficial* 35794.

¹¹² Congreso de la República. 2011. Ley 1496 de 2011: "Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial* 48297.

¹¹³ Ministerio del Trabajo. 2011. *Decreto 4463: "Por medio del cual se reglamente parcialmente la Ley 1257 de 2008"*. Bogotá Congreso de la República. 2011. Ley 1496 de 2011: "Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial* 48297

¹¹⁴ Roldan Paola, O. C., "¿Quiénes terminan en la informalidad?", *Revista de Economía del Caribe*, 2009, pp. 149-180.

Peres Rokhas, quien estudiando el fenómeno, determino que la participación mayoritaria de la mujer en las actividades informales en el país, está dada por varios factores entre los que se distinguen los siguientes: la falta de oportunidad para las mujeres entendida desde la segregación laboral, la inequidad en la remuneración para las mujeres respecto a los hombres, la dualidad de funciones de la mujer, es decir las derivadas de su condición de trabajadora y las generadas desde la responsabilidad familiar, la tendencia a desempeñar actividades con mano de obra poco calificada y la ejecución de labores familiares no remuneradas¹¹⁵.

De igual manera, Rico de Alonso, afirma que la mujer en Colombia muestra unos factores cualitativos que la hacen más susceptible a las actividades informales; entre ellas menciona: la vulnerabilidad, el aislamiento, la inferioridad social y la humillación y la exclusión. Con todo, las mujeres afrontan situaciones sociales y familiares difíciles, pues su remuneración es baja, las condiciones en que desempeñan sus labores son precarias y sus oportunidades son menores, lo cual se representa en un futuro incierto para su vida¹¹⁶.

Con todo, en Colombia no existe un plan nacional de trabajo decente, que permita avanzar en el camino hacia la formalización de las trabajadoras y asegure la protección de sus derechos sociales, a pesar de estar obligado a la implementación del mismo en calidad de Estado miembro y activo de la OIT. No obstante, algunos entes académicos como la Universidad de los Andes y la Escuela Nacional Sindical han presentado proyectos para el diseño de una política nacional en el tema, sin recibir escucha por parte de los entes estatales.

5. Conclusiones

Se hace necesario afirmar que las circunstancias y el escenario en que las personas ejercen actividades laborales en el sector de la economía informal en Colombia, ratifican la propensión mundial de indefensión y vulnerabilidad social, pues no se conciben dentro del ordenamiento jurídico, como si se incluye al trabajo formal.

Por tal motivo, es inevitable afirmar que las instituciones públicas han omitido la observancia de los mandatos superiores constitucionales, que

¹¹⁵ Peres Rokhas, V., “El empleo en el sector informal colombiano:Concepto, origen y perspectiva de género”, *Management*, 2010, pp. 57-88.

¹¹⁶ Rico de Alonso, A., “Familia, género y pobreza urbana en Colombia”, *Papel Politico*, 2001, p. 115-131.

obligan a la protección de las distintas y flexibles formas de trabajo, entre ellas “el trabajo informal”.

Asimismo, se concluye que la informalidad laboral es a la alternativa más inmediata para generar ingresos tanto para hombres como para mujeres desempleados; sin embargo; el sexo femenino es más propenso a realizar actividades de este tipo, en el afán de cumplir con su dualidad de roles en la sociedad; ejercitar una actividad laboral, y simultáneamente atender sus obligaciones familiares y reproductivas.

Por último, y teniendo en cuenta que el programa mundial de Trabajo Decente está inescindiblemente atado al concepto de dignidad humana, y que el trabajo como derecho humano debe estar garantizado en condiciones de calidad y protección, se insiste en la exigencia inmediata al Estado Colombiano, de expedir e implementar un ordenamiento nacional sobre el tema, que reconozca los derechos sociales de los ciudadanos, que admita el acuerdo entre los diferentes actores del contexto laboral (Estado, trabajadores, empresas) y que permita la garantía de vida digna para las familias.

6. Bibliografía

- Cervantes Gutiérrez y Palacios, J. E., “El concepto de la economía informal y su aplicación en México: factibilidad, inconvenientes y propuestas”, *Estudios demográficos y urbanos*, Vol. 23, núm. 1, enero–abril, El Colegio de México, México, 2008, pp.21–54.
- Freije S., Banco Interamericano de Desarrollo, *El empleo informal en América Latina y el Caribe: causas, consecuencias y recomendaciones de políticas*. Washington: Bid, 2001.
- Galvis, L. A., *Informalidad laboral en las áreas urbanas de Colombia*, Documentos de Trabajo sobre Economía Regional (164), pp.1–32, 2012.
- Ghai, D., “La Medición del Trabajo Decente”, *Revista Internacional del Trabajo*, 122 (2), 2003, pp.122–156.
- Hernández, R., Fernández, C., & y Baptista, P., *Metodología de la Investigación*, México: MacGraw–Hill, 2003.
- Lais Abramo-Oficina Internacional del Trabajo, *Trabajo decente y equidad de género en América Latina*, Santiago de Chile, Lais Abramo, 2006.
- Orjuela Góngora, C., “Desempleo y sector informal”, *Revista Derecho Social*, 1990, pp. 4-8.

- Peres Rokhas, V., “El empleo en el sector informal colombiano: Concepto, origen y perspectiva de género”, *Management*, pp. 57-88, 2010.
- Rico de Alonso, A., “Familia, género y pobreza urbana en Colombia”, *Papel político*, pp. 115-131, 2001.
- Roldan Paola, O. C., “¿Quiénes terminan en la informalidad?”, *Revista de Economía del Caribe*, 2009, pp. 149-180.
- Veleda Da Silva, S., *Trabajo Informal, Género y Cultura*, Barcelona, Tesis Doctoral, 2003.

La Legislación Laboral Mexicana: ¿flexibilidad del legislador y seguridad del juzgador?

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA*

RESUMEN: La reforma laboral mexicana trastocó temas y concepciones tradicionales del Derecho del Trabajo mexicano, las cuales por la manera en que están redactadas y por lo conceptos nuevos que han sido introducidos tienen diversas interpretaciones. De esta manera, el autor expone las distintas lecturas que se pueden realizar por parte de los órganos jurisdiccionales, centrandose un principal interés en el Poder Judicial, porque éste será quien en última instancia dirimirá las diferentes controversias e interpretaciones que surjan entre los actores de las relaciones laborales.

Palabras clave: Legislación laboral, Reforma laboral, Derecho del Trabajo mexicano.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La incorporación de nuevas nociones y principios sujetos a interpretación. 3. Las nuevas formas de contratación. 4. Los regímenes laborales especiales. 5. La disolución de la relación de trabajo. 6. Los cambios en materia de derechos colectivos: ¿Injerencias “indebidas” y “debidas”? 7. Las modificaciones al régimen de sanciones. 8. Consideraciones finales.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel III.

1. Introducción

Luego de una discusión iniciada hace cuatro sexenios sobre la necesidad de reformar la Ley Federal del Trabajo (LFT), finalmente el 30 de noviembre de 2012 fueron adicionadas, reformadas y derogadas varias disposiciones de la LFT. Como ya ha sido señalado en otros estudios, la ausencia de reformas formales, no significó que las relaciones laborales no hayan sido reformadas de facto por los actores de las relaciones laborales – trabajadores y empleadores – o de jure a través de la jurisprudencia¹¹⁷.

La reforma laboral mexicana, trastocó temas y concepciones tradicionales del Derecho del Trabajo mexicano. Demasiados según el punto de vista de los trabajadores, muy pocos según los empleadores. Modificaciones que por la manera en que fueron redactadas y por los conceptos nuevos que han sido introducidos van a ser objeto de diferentes y variadas interpretaciones. Veremos diferentes lecturas de los trabajadores, los empleadores y los sindicatos de unos y de otros. La administración del trabajo y sin duda las Juntas y demás órganos jurisdiccionales se pronunciarán al respecto. No debe olvidarse que en este momento se encuentra una cantidad importante de amparos en el Poder Judicial que piden el amparo y protección de la justicia federal por la inconstitucionalidad, según señalan, de un importante número de preceptos de la LFT reformada.

A la espera de la resolución de los amparos presentados ante el Poder Judicial, vamos a presenciar tres niveles de interpretación. En primer lugar, los trabajadores y los empleadores tendrán que determinar el papel que va a desempeñar la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento en la fijación de las reglas para medir la productividad. Así mismo, el papel que deben desempeñar los sindicatos y los contratos colectivos, donde los haya, respecto a los contenidos de los contratos de prueba y de capacitación inicial. En segundo lugar, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social tendrá que reformular varios reglamentos, por ejemplo el de Inspección del Trabajo; y fijar entre otras tareas los criterios

¹¹⁷ Sánchez Castañeda, A., “La reforma extraviada”, en *Voz y Voto*, N. 172, junio de 2007; Sánchez-Castañeda, A., “El difícil camino de la reforma laboral: la paradoja de perder todos para ganar todos”, en *La palabra y el hombre, Revista de la Universidad Veracruzana*, tercera época, N. 18, otoño 2011; Reynoso Castillo, C., “Contratación precaria”; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; UNAM, N. 68, mayo-agosto de 1990; pp. 537-554, Sánchez-Castañeda, A., “Las tendencias de la negociación colectiva”, *Gaceta Laboral*, vol. 11, N. 2, mayo-agosto, 2005, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela; Reynoso Castillo, C., “Viejos Derechos, Nuevas realidades”, en *Voz y Voto*, N. 172, junio 2007.

para autorizar el funcionamiento de las unidades de verificación del trabajo en régimen de subcontratación. Además, veremos cómo empieza aplicar las nuevas multas que contempla la legislación laboral, así como los criterios establecidos en la LFT para aplicarlos. En tercer lugar, las Juntas de Conciliación y Arbitraje y el Poder Judicial para reafirmar lo señalado por el legislador y clarificar el alcance de ciertas nociones de la LFT reformada.

Nuestro interés se centra en el Poder Judicial porque será a quien le corresponda, en última instancia, dirimir las diferentes interpretaciones y controversias que aparezcan entre los actores de las relaciones laborales y de éstos con la Secretaría del Trabajo y de Previsión Social (STPS). El papel posiblemente determinante que desempeñen los juzgadores podrían, dada la naturaleza de su función, dar certeza, pero sobre todo dotar de seguridad jurídica a las nuevas normas incorporadas, sobre todo aquellas que incluyen nuevas modalidades contractuales, nuevas sanciones así como a las nuevas modalidades en que se prestan las relaciones de trabajo. De suerte que se podría abrir paso a un nuevo modelo de relaciones laborales, caracterizado por una posible flexiseguridad ¹¹⁸ mexicana, en

¹¹⁸ Desde que empezó el estudio del modelo danés de relaciones laborales y la aparición del libro verde en 2006 (*Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*) en la Unión Europea, existe una amplia bibliografía en materia de flexiseguridad. Predominado más la *flexibilidad* o la *seguridad*, dependiendo de la fortaleza o debilidad de los empleadores o de los trabajadores sindicalizados. Por mencionar algunas referencias, podríamos señalar: Comunicación de la Comisión Europea “Hacia los principios comunes de flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” (2007). COM (2007) 359 final; Klammer, U.: “Flexiseguridad: perspectiva europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N. extraordinario, 2007; Landa Zapirain, J. (Coord.), Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica, Bomarzo, Albacete, 2009, p.188; Loi, P., “La función del riesgo en el paso de la seguridad a la “flexiseguridad””, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2007, pp.181-199; Rodríguez-Piñero, M.: “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, *Relaciones laborales*, N. 15-16, 2007; Díaz, J., “Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Extra*, España, 2009. pp. 77-90; Gazier, B., “¿La crisis ha hecho obsoleta la flexiseguridad?”, *Boletín de información sociolaboral internacional*, España, N. 165, abril 2010, pp. 17-26; González Sánchez, J.J., “Contratación laboral y desempleo. Perspectiva desde la flexiseguridad. Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad”, en *Relaciones laborales*, España, N. 15-16, año 23, agosto 2007; Keune, Maarten *et. al.* “Flexiseguridad: utilidad, desventajas y alternativas”, en *Gaceta Sindical*, no. 11 + 1, 2008. p. 133-152; Klammer, Ute, “Flexiseguridad: perspectiva europea”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, España, N. Extra, 2007, pp. 117-143; Lefebvre, A., “Resultados nórdicos y flexiseguridad: ¿qué relaciones?”, *Boletín de información sociolaboral internacional*, no. 151, octubre 2008, p. 29-46; Miguélez Lobo, F., “Flexiseguridad, bienestar y cohesión social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, N. Extra, 2007. pp. 145-159;

donde la flexibilidad incorporada por el legislador en el modelo de relaciones laborales, podría ser cubierta de elementos de seguridad, por el juzgador, respecto al alcance de las normas nuevas o reformadas. Gracias, hay que señalarlo, a los diferentes candados incorporados por el legislador en las normas reformadas. Conjunción de actuar del Poder Legislativo y del Poder Judicial que podría dar lugar a una flexiseguridad mexicana.

Bajo la anterior tesitura, en el presente estudio se pretende señalar la pluralidad de temas que posiblemente serán objeto de interpretación que necesariamente, al final del camino, será el Poder Judicial, el encargado de decir la última palabra. Lo cual podría otorgarle un papel preponderante a la interpretación judicial –quizás no deseada por la judicatura ni tampoco pensada originalmente de esa manera por el Poder Legislativo– en la determinación de los alcances de la LFT reformada. Son abundantes los tópicos de la LFT reformada que podrían ser objeto de interpretación por el juzgador. No obstante, ante la imposibilidad de abordar todos, sólo señalaremos algunos de ellos: la incorporación de nuevas nociones, particularmente el trabajo decente (I); las nuevas formas de contratación, particularmente la subcontratación (II); los regímenes laborales especiales (III); la disolución de la relación de trabajo (IV); los cambios en materia de derechos colectivos (V); y las modificaciones en materia de sanciones (VI), que nos permitirán hacer una serie de reflexiones finales (VII).

2. La incorporación de nuevas nociones y principios sujetos a interpretación

Entre las nuevas nociones que aparecen en la legislación laboral reformada se encuentran: trabajo digno o decente; igualdad sustantiva o de hecho entre trabajadores y trabajadoras; hostigamiento y acoso sexual. Así mismo, se incluyen dos precisiones sobre la no discriminación y el derecho a la formación profesional. La inclusión de la noción de igualdad sustantiva y las precisiones sobre la no discriminación se enmarcan dentro del interés existente en nuestro país por el respeto de los derechos humanos¹¹⁹. Por otro lado, la *Declaración de Derechos Fundamentales de Trabajo*

Monereo Pérez, J., “La política europea de *modernización* del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible a la opción liberalizadora”, en *Revista de Derecho Socia*, España, N. 48, octubre-diciembre 2009. pp. 13-38; Ruíz Durán, C., México: Las Dimensiones de la Flexiseguridad Laboral; Cepal, Santiago de Chile 4 de Agosto 2008, y Morales, Ramírez, M., La Reforma Laboral Mexicana. ¿Hacia la Flexiseguridad?, *BOLETÍN ADAPT* N. 1/2012.

¹¹⁹ Sánchez-Castañeda, A., Hacia una definición de los derechos fundamentales en el

y su Seguimiento de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo, sin duda es el fundamento de la aparición de dicha noción en la legislación laboral mexicana.

La noción de trabajo decente fue agregada al artículo segundo de la LFT. El artículo ahora establece normas de trabajo además de conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, también tienen como finalidad propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales. En la LFT reformada, el trabajo digno o decente se entiende como “aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo. El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva”.

La noción de trabajo decente incorporada a la LFT, incluye prácticamente todos los principios fundamentales que se desprenden de la Declaración de la OIT de 1998, salvo el referente a las peores formas de explotación infantil: libertad sindical y libre contratación; no discriminación; prohibición del trabajo forzoso, y prohibición de las peores formas de explotación infantil. Además contiene tres elementos adicionales no contemplados por la Declaración de 1998 de la OIT: acceso a la Seguridad Social, Derecho a la Formación Profesional (capacitación continua) y Derecho a la Seguridad e Higiene en el Trabajo. Se trata de tres componentes que amplían la noción de trabajo decente en el Derecho Mexicano del Trabajo respecto a la desarrollada por la OIT.

El juzgador en sus resoluciones tendrá que valorar el alcance fijado al trabajo decente. Si un trabajo no reúne los elementos establecidos por el artículo segundo de la LFT reformada, no podrá considerarse como trabajo decente. Así, por ejemplo, si bien es cierto que no se incorporó la libre negociación colectiva en la LFT reformada, ésta sí aparece como uno de los elementos fundamentales de la noción de trabajo decente en México. Además que la libre negociación colectiva, forma parte de los

trabajo y su exigibilidad, en Ferrer Mac-Gregor, E., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en su cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo XII, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, México, 2008, pp. 643-674.

derechos y principios fundamentales que se desprenden de la Declaración de 1998 de la OIT. Contenidos de la Declaración obligatorios para nuestro país, ya que la Declaración establece que todos los Miembros de la OIT aunque no hayan ratificado los convenios reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación¹²⁰.

¹²⁰ Declaración de la OIT Relativa A Los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. La Conferencia Internacional del Trabajo, recuerda:

a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas;

b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.

2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y

d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

3. Reconoce la obligación de la Organización de ayudar a sus Miembros, en respuesta a las necesidades que hayan establecido y expresado, a alcanzar esos objetivos haciendo pleno uso de sus recursos constitucionales, de funcionamiento y presupuestarios, incluida la movilización de recursos y apoyo externos, así como alentando a otras organizaciones internacionales con las que la OIT ha establecido relaciones, de conformidad con el artículo 12 de su Constitución, a respaldar esos esfuerzos:

a) ofreciendo cooperación técnica y servicios de asesoramiento destinados a promover la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales;

b) asistiendo a los Miembros que todavía no están en condiciones de ratificar todos o algunos de esos convenios en sus esfuerzos por respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios; y

c) ayudando a los Miembros en sus esfuerzos por crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.

Como se puede leer, todos los Estados, aunque no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT tienen un compromiso, que se deriva de su pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo, entre ellos, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. La inclusión de la noción de trabajo decente en la LFT reformada y los alcances de la misma tendrán que ser considerados por el juzgador.

3. Las nuevas formas de contratación

El ingreso al empleo en nuestro país se daba antes de la reforma de diciembre de 2012 sin contratos a prueba o de formación inicial (al menos desde el punto de vista formal, porque en la práctica, dichas modalidades de incorporación al empleo, si existían). La reforma de 2012 reintroduce el contrato a prueba e introduce el contrato de formación, la relación de trabajo por tiempo indeterminado para labores discontinuas y el trabajo en régimen de subcontratación.

Respecto a las relaciones de trabajo por tiempo indeterminado o cuando excedan de ciento ochenta días, la nueva legislación señala que puede establecerse un período a prueba. Dicho período no puede exceder de treinta días. La finalidad es verificar que el trabajador cumple con los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo encomendado. El periodo de prueba puede extenderse hasta ciento ochenta días, cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores técnicas o profesionales especializadas. Si al término del período de prueba el trabajador no acredita los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar sus labores, a juicio del patrón, de la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y

4. Decide que, para hacer plenamente efectiva la presente Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración.

5. Subraya que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento.

Adiestramiento – cuando exista –, así como atendiendo a la naturaleza de la categoría o puesto, se dará por terminada la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón. Sin embargo, concluido el contrato a prueba y subsistiendo la relación de trabajo y no habiendo observaciones del empleador, ésta se considera por tiempo indeterminado.

Si un empleador que quiere contratar a un trabajador a través de un contrato a prueba debe otorgarle un contrato por escrito, garantizarle su derecho a la seguridad social, a sus prestaciones laborales, así como a no prorrogarle su contrato. Si dichos supuestos no se cumplen, el trabajador podrá solicitar ante tribunales que su contrato se considere como un contrato por tiempo indeterminado. No debe desconocerse que muchas empresas suelen tener como practica laboral contratar a trabajadores por veintiocho días y descansarlos dos días, así como no otórgales un contrato escrito. Aparece aquí nuevamente un papel fundamental de los tribunales para que combatan toda práctica de simulación jurídica.

Los trabajadores también podrán acudir a los órganos jurisdiccionales cuando a través de un contrato de capacitación inicial, el empleador no respete las características que éste debe tener, entre ellas: duración hasta de 30 días en labores no especializadas o de hasta 180 días en labores especializadas; garantizadas sus condiciones generales de trabajo y de seguridad social, y celebración por escrito para garantizar la seguridad social del trabajador y sus prestaciones laborales.

Al igual que con el contrato a prueba, si a un trabajador no se le otorga un contrato por escrito de capacitación inicial, dicha relación de trabajo puede transformarse en una relación por tiempo indeterminado. Así mismo se debe precisar, desde nuestro punto de vista, en qué consiste la capacitación inicial, ya que de no hacerlo, se podría incurrir nuevamente en una relación laboral simulada de un contrato a prueba.

La LFT entiende el trabajo en régimen de subcontratación, como aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas (art 15-A de la LFT). Nuevamente, el empleador debe respetar escrupulosamente las condiciones establecidas por el legislador, de lo contrario podrían ser impugnadas vía tribunales: No puede abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo; debe justificarse por su carácter especializado; no puede comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante; y el contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los

servicios y un contratista, debe constar por escrito.

De no cumplirse las anteriores condiciones, el contratante es considerado como patrón para todos los efectos establecidos en la LFT y respecto a las obligaciones en materia de Seguridad Social. Al respecto, debe anotarse que los tribunales mexicanos ya han avanzado en la materia.¹²¹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aclarado la frontera entre los servicios profesionales y la subordinación. Al señalar que no importa que las partes celebren un contrato de servicios profesionales para que se considere que por ese simple hecho que no existe subordinación laboral.¹²² Por otro lado, en tesis aislada se han señalado los requisitos para que se pueda acreditar la prestación de servicios profesionales¹²³. Así mismo, se ha señalado que no basta establecer en el acto jurídico la denominación del contrato para determinar la naturaleza del mismo¹²⁴.

¹²¹ Sánchez-Castañeda A., Reynoso Castillo C., Palli, B., La subcontratación un fenómeno global, UNAM, México 2011, p. 197.

¹²² Profesionistas, Características De La Relación Laboral Tratándose De. No. Registro: 242,864 Jurisprudencia. Materia: Laboral. Séptima Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, pp.163-168.

Tesis: Página: 65. Genealogía: Informe 1981, Segunda Parte, Cuarta Sala, tesis 294, página 216. Informe 1982, Segunda Parte, Cuarta Sala, tesis 18, página 18. Apéndice 1917-1985, Quinta Parte, Cuarta Sala, tesis 222, p. 206. Apéndice 1917-1995, Tomo V, Primera Parte, tesis 394, p. 262.

Séptima Época, Quinta Parte: Volumen 10, página 52. Amparo directo 1455/69. Abel Porras Rodríguez. 9 de octubre de 1969. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete. Volúmenes 145-150, página 48. Amparo directo 1222/81. Higinio Vargas Real. 29 de junio de 1981. Cinco votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Fernando López Murillo. Volúmenes 157-162, página 74. Amparo directo 1291/81. Vidal Gallardo Xelo. 27 de agosto de 1981. Cinco votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Fernando López Murillo. Volúmenes 157-162, página 43. Amparo directo 6383/81. José María Díaz de León. 15 de marzo de 1982. Cinco votos. Ponente: Juan Moisés Calleja García. Secretaria: Carolina Pichardo Blake. Volúmenes 163-168, página 35. Amparo directo 1943/81. Luis Raúl Estrada Gallegos. 19 de julio de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan Moisés Calleja García. Secretaria: Carolina Pichardo Blake. Nota: En el Semanario Judicial de la Federación, la referencia de los Volúmenes 145-150 del amparo directo 1455/69 es incorrecta, por lo que se corrige, como se observa en este registro.

¹²³ Relación Laboral, requisitos de la su diferencia con la prestación de Servicios Profesionales. Tercer Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Primer Circuito. Amparo directo 1998/85. Telésforo Solís Caudillo. 13 de octubre de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Emiliano Hernández Salazar. No. Registro: 248,087. Tesis aislada. Materia: Laboral. Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación 205-216 Sexta Parte. Tesis: Página: 422. Genealogía: Informe 1986, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 26, p. 285.

¹²⁴ Relación Laboral. Hipótesis En Que Un Contrato De Prestación De Servicios

El juzgador ha establecido también las fronteras entre el mandato y la subordinación¹²⁵; la comisión mercantil y la subordinación¹²⁶; la

Profesionales Ofrecido Por El Demandado No Acredita La Naturaleza De Una Relación Diversa A La Laboral. Sexto Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Primer Circuito. Amparo directo 1536/2006. Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal. 9 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretaria: Cecilia Ruiz Morales. Amparo directo 1426/2007. María Eugenia Carmona Jara. 8 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretario: José Luis Reyes Torres. Amparo directo 391/2008. Instituto Politécnico Nacional. 15 de mayo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretaria: Sandra Iliana Reyes Carmona. Amparo directo 493/2008. Instituto Politécnico Nacional. 12 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretario: José Luis Reyes Torres. Amparo directo 207/2009. Laura Azucena González Ambrosio. 2 de abril de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretario: Augusto Santiago Lira.

No. Registro: 166,572. Jurisprudencia. Materia: Laboral. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXX, Agosto de 2009. Tesis: I.6o.T. J/96. p.1479.

125 Mandato, Subordinación Inexistente En El. Amparo directo 6080/71. Fernando G. Coronado. 11 de agosto de 1972. Cinco votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. No. Registro: 244,294. Tesis aislada. Materia: Laboral, Civil. Séptima Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 44 Quinta Parte. Tesis: p.35.

126 Contratos De Trabajo y de Comisión Mercantil. Criterio Para Determinar Su Naturaleza Jurídica. Tercer Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Amparo Directo 405/88. Refrescos De Puebla, S.A. De C.V. 16 De Noviembre De 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: José de Jesús Echegaray Cabrera. No. Registro: 800,043. Tesis aislada. Materia(s): Laboral, Civil. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. II, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1988. Tesis. p. 191.

Comisión Mercantil, Inexistencia De La. Segundo Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Cuarto Circuito. Amparo directo 750/2000. María Aída Zavala Vázquez. 14 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Victorino Rojas Rivera. Secretaria: Liliana Leal González. Amparo directo 1121/2000. Delia María Rodríguez Garza. 28 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Victorino Rojas Rivera. Secretaria: Nohelia Juárez Salinas. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XI, marzo de 1993, página 245, tesis I.5o.T.664 L, de rubro: "Contrato Laboral, Que Excluye Al Acto De Comercio, Comisión Mercantil.", y Séptima Época, Volúmenes 97-102, Quinta Parte, página 13, tesis de rubro: "Comisión Mercantil, Contrato Inexistente De." No. Registro: 188,871. Tesis aislada. Materia: Laboral. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIV, Septiembre de 2001. Tesis: IV.2o.T.50 L. Página: 1297.

Agentes De Seguros. Relación Laboral De Los. Primer Tribunal Colegiado Del Décimo Sexto Circuito. Amparo directo 1069/87. Seguros La Comercial, S.A. 4 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gloria Tello Cuevas. Secretario: José Francisco Salazar Trejo. Amparo directo 685/86. Seguros La Comercial, S.A. 16 de junio de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Gloria Tello Cuevas. Secretario: José Francisco Salazar Trejo. No. Registro: 217,872. Tesis aislada. Materia: Laboral. Octava Época. Instancia:

subcontratación y el suministro de mano de obra¹²⁷; en materia de intermediación,¹²⁸ así como respecto de la responsabilidad solidaria¹²⁹.

Sin duda en materia de responsabilidades de la empresa contratante, de la empresa contratada, de las unidades de verificación y de la prohibición de la subcontratación, el Poder Judicial tendrá mucho que decir. Desde nuestro punto de vista, las nuevas modalidades contractuales deben quedar perfectamente establecidas en los contratos de trabajo, de otra manera se estaría atentando contra la seguridad jurídica de las partes.

Por otro lado, consideramos, de no cumplirse con los requisitos específicos señalados por la LFT para los contratos a prueba y de formación, así como el que trabajo que se desarrolle bajo el régimen de

Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. X, Noviembre de 1992. Tesis. p. 223.

Comisión Mercantil, Inexistencia De La. Segundo Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Cuarto Circuito. Amparo directo 750/2000. María Aída Zavala Vázquez. 14 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Victorino Rojas Rivera. Secretaria: Liliana Leal González. Amparo directo 1121/2000. Delia María Rodríguez Garza. 28 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Victorino Rojas Rivera. Secretaria: Nohelia Juárez Salinas. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XI, marzo de 1993, p. 245, tesis I.5o.T.664 L, de rubro: "Contrato Laboral, Que Excluye Al Acto De Comercio, Comisión Mercantil.", y Séptima Época, Volúmenes 97-102, Quinta Parte, p. 13.

¹²⁷ Despido Injustificado. Si El Patrón Se Excepciona Manifestando Que No Existe Relación Laboral Con Él, Sino Un Contrato Civil De Suministro Por Virtud Del Cual Un Tercero Le Proporciona Trabajadores Y Lo Libera De Cualquier Obligación De Carácter Laboral En Relación Con Aquél, Dicha Excepción Resulta Improcedente. No. Registro: 179,047. Tesis aislada. Materia: Laboral. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Marzo de 2005. Tesis: I.9o.T.191 L. p.1112

Noveno Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Primer Circuito. Amparo directo 11589/2004. Keyla Castillo González. 12 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Emilio González Santander. Secretario: José Roberto Córdova Becerril.

¹²⁸ Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Amparo directo 312/88. Inés Toribio Potrero. 4 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Sexto Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Primer Circuito. Amparo directo 4316/92. Estela Pimentel Mendoza. 7 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María del Rosario Mota Cienfuegos. Secretario: José Guillermo Cuadra Ramírez.

¹²⁹ Tercer Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Cuarto Circuito. Amparo directo 389/2008. Jorge Acuña Rosales. 15 de octubre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Torres Lagunas. Secretaria: Angélica María Torres García.

Tesis de jurisprudencia 188/2008. Aprobada por la Segunda Sala, SCJN, 19 noviembre 2008.

(Primer Tribunal Colegiado En Materias Civil y De Trabajo Del Quinto Circuito. Amparo directo 829/2006. Carlos Fornes Tirado. 4 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera. Secretaria: Raquel Nieblas Germán.).

subcontratación, se estaría incurriendo en simulación jurídica. Es decir, presentar de manera engañosa una cosa o situación, como si en verdad existiera como tal, cuando en realidad no es así. Los tribunales serían los encargados de evidenciar relaciones basadas en la simulación jurídica, cuando uno de los actores de la relación laboral pretenda aparecer o aparentar lo que no existe u ocultar lo que en realidad existe.

4. Los regímenes laborales especiales

En relación a los regímenes laborales especiales pueden ser objeto de comentario, la prohibición del trabajo de menores, particularmente ciertas actividades que no se consideran un trabajo pero se les establece una remuneración, así como las paradojas alrededor de trabajo doméstico.

La LFT establece en su artículo 22 que queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años y de los mayores de esta edad y menores de dieciséis que no hayan terminado su educación obligatoria, salvo los casos de excepción que apruebe la autoridad correspondiente en que a su juicio haya compatibilidad entre los estudios y el trabajo. Al anterior artículo se le agregó un artículo 22 Bis para que, cuando las autoridades del trabajo detecten trabajando a un menor de 14 años fuera de un círculo familiar, ordene de inmediato el cese de sus labores. Por su parte, el artículo 175 reformuló y amplió la prohibición de utilizar el trabajo de los menores.

Sin embargo, el artículo 175 Bis podría causar polémica ya que dicho artículo establece que no se considera trabajo las actividades que bajo la supervisión, el cuidado y la responsabilidad de los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad, realicen los menores de catorce años relacionadas con la creación artística, el desarrollo científico, deportivo o de talento, la ejecución musical o la interpretación artística en cualquiera de sus manifestaciones. No obstante, a pesar de no considerarlas como un trabajo, se establece que las contraprestaciones que reciba el menor por las actividades que realice, nunca deben ser menores a las que por concepto de salario reciba un mayor de catorce y menor de dieciséis años.

Desde nuestro punto de vista el artículo 175 Bis resulta paradójico, ya que por un lado permite ciertas actividades realizadas por los menores de edad no se consideren como trabajo, pero establece que las contraprestaciones, no pueden ser menores al salario reciba un mayor de catorce y menor de dieciséis años. Resulta extraño, que no sea considerado trabajo pero que si se reciba un salario.

La excepción de ciertas actividades que no son consideradas como trabajo

infantil en la LFT, se deberá confrontar con el artículo tercero del Convenio 182 de la OIT, ratificado por México en el año 2000, relativo a las peores formas de trabajo infantil, entre las que se encuentran: el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños¹³⁰. Por otro lado, si bien, México no ha ratificado el Convenio 138 de la OIT relativo a la edad mínima en el trabajo, el legislador juzgador quizás debería tomar en cuenta que las excepciones que se aceptan al trabajo infantil, tiene que ver con aquellas de naturaleza ocasional¹³¹ o de carácter

¹³⁰ A los efectos del presente Convenio, la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca: (a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; (b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; (c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y (d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

¹³¹ Artículo 5° 1. El Miembro cuya economía y cuyos servicios administrativos estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando tales organizaciones existan, limitar inicialmente el campo de aplicación del presente Convenio. 2. Todo Miembro que se acoja al párrafo 1 del presente artículo deberá determinar, en una declaración anexa a su ratificación, las ramas de actividad económica o los tipos de empresa a los cuales aplicará las disposiciones del presente Convenio. 3. Las disposiciones del presente Convenio deberán ser aplicables, como mínimo, a: minas y canteras; industrias manufactureras; construcción; servicios de electricidad, gas y agua; saneamiento; transportes, almacenamiento y comunicaciones, y plantaciones y otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, con exclusión de las empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que empleen regularmente trabajadores asalariados.

Artículo 7° 1. La legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos: (a) no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo; y (b) no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben. 2. La legislación nacional podrá también permitir el empleo o el trabajo de personas de quince años de edad por lo menos, sujetas aún a la obligación escolar, en trabajos que reúnan los requisitos previstos en los apartados a) y b) del párrafo anterior. 3. La autoridad competente determinará las actividades en que podrá autorizarse el empleo o el trabajo de conformidad con los párrafos 1 y 2 del presente artículo y prescribirá el número de horas y las condiciones en que podrá llevarse a cabo dicho empleo o trabajo. 4. No obstante las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el Miembro que se haya acogido a las disposiciones del párrafo 4 del

formativo¹³², no con la realización de actividades permanentes por los menores.

Por su parte, el trabajo doméstico desafortunadamente no fue objeto de una reforma mayor. Ahora la LFT, ya no habla genéricamente del derecho a reposos suficientes. La nueva redacción del art. 333 establece que los trabajadores domésticos que habitan en el hogar donde prestan sus servicios deben disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas. Lo que resulta en una jornada "ordinaria" de doce horas al día. Se debe reflexionar si una jornada de doce horas podría considerarse como trabajo decente, ya que una reglamentación especial de una actividad, nunca puede interpretarse como una disminución de derechos en relación a una actividad general, sino como una especialidad de la regulación en función del servicio prestado. En el caso de los trabajadores domésticos, pareciera que lo que ocurre es lo primero. Pareciera que el trabajador doméstico es degradado en sus derechos. Los tribunales tendrán mucho que decir. No debe olvidarse que a nivel nacional la Constitución en el artículo 123 Constitucional establece que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil. Debiendo el Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes debe expedir leyes sobre el trabajo, para obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general para todo tipo contrato de trabajo, en donde la duración de la jornada máxima será de ocho horas. Tampoco debe omitirse que internacionalmente el Convenio 189 del 2011 de la OIT se refiere a los trabajadores domésticos, ni que en materia de legislación comparada Argentina y Brasil ya han reconocido plenos derechos a los trabajadores domésticos en su

artículo 2 podrá, durante el tiempo en que continúe acogiéndose a dichas disposiciones, sustituir las edades de trece y quince años, en el párrafo 1 del presente artículo, por las edades de doce y catorce años, y la edad de quince años, en el párrafo 2 del presente artículo, por la edad de catorce años.

¹³² Artículo 6. El presente Convenio no se aplicará al trabajo efectuado por los niños o los menores en las escuelas de enseñanza general, profesional o técnica o en otras instituciones de formación ni al trabajo efectuado por personas de por lo menos catorce años de edad en las empresas, siempre que dicho trabajo se lleve a cabo según las condiciones prescritas por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando tales organizaciones existan, y sea parte integrante de: (a) un curso de enseñanza o formación del que sea primordialmente responsable una escuela o institución de formación; (b) un programa de formación que se desarrolle entera o fundamentalmente en una empresa y que haya sido aprobado por la autoridad competente; o (c) un programa de orientación, destinado a facilitar la elección de una ocupación o de un tipo de formación.

legislación interna, entre ellos, el pago de horas extras y seguridad social obligatoria.

5. La disolución de la relación de trabajo

La antigua redacción del artículo 47 establecía que, el aviso de despido debía hacerse del conocimiento al trabajador, y en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, debía hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva. La nueva redacción dispone que el patrón que despida a un trabajador debe señalar por escrito, y con claridad la conducta o conductas que motivan la rescisión, así como la fecha o fechas en que se cometieron. Así mismo, debe entregar el aviso personalmente al trabajador en el momento mismo del despido o bien, comunicarlo a la Junta de Conciliación y Arbitraje competente, dentro de los cinco días hábiles siguientes. Al respecto se pudiera entender que mientras el trabajador no reciba la notificación personal de la Junta, no se puede considerar que haya sido despedido. Lo anterior se puede reafirmar con el párrafo agregado al artículo 47, el cual establece que la prescripción para ejercer las acciones derivadas del despido no comienzan a correr sino hasta que el trabajador reciba personalmente el aviso de rescisión. Además se agrega, que la falta de aviso al trabajador personalmente o por conducto de la Junta, implica la separación no justificada y, en consecuencia, la nulidad del despido.

Destaca el señalamiento referente a que la prescripción para ejercer las acciones derivadas del despido no comienzan a correr sino hasta que el trabajador reciba personalmente el aviso de rescisión. En ese sentido, los dos meses con los que cuenta un trabajador para presentar su demanda, van a correr a partir del momento en que el trabajador reciba personalmente el aviso de despido. La cual debe realizarse a través de la notificación de la Junta de Conciliación y Arbitraje. La disquisición que aquí formulamos, tendrá que ser aclarada por el juzgador. Como se puede apreciar, una vez más la interpretación de Poder Judicial será fundamental para entender las reformas a la LFT.

6. Los cambios en materia de derechos colectivos: ¿Injerencias “indebidas” y “debidas”?

En materia de relaciones colectivas de trabajo, el primer cambio aparece al inicio del Título Séptimo, Capítulo II relativo a los sindicatos,

federaciones y confederaciones (art. 357), en donde se agregó un breve segundo párrafo que señala “cualquier injerencia indebida será sancionada en los términos que disponga la Ley”.

A primera vista debería celebrarse que se ratifique, indirectamente, dos de las demandas principales de los sindicatos, el respeto a la autonomía sindical y la protección del ejercicio del derecho de sindicalización y que además se señale expresamente que se sancionarán las “injerencias indebidas”. Sin embargo, sancionar las “injerencias indebidas”, podría llevar a concluir que también indirectamente se está reconociendo implícitamente en México, la existencia de “injerencias debidas”, lo cual no deja de ser preocupante. De igual manera, no queda claro a quien está dirigida la prohibición: si a las autoridades públicas que algo tengan que ver con el nacimiento y vida de un sindicato o a los empleadores. La situación se hace más confusa cuando el artículo 357 señala que dichas injerencias serán sancionadas en términos de la Ley, cuando la misma, no se ocupa en ninguna parte del tema en comento.

Queda la duda también, si las injerencias en que pensó el legislador se referían al nacimiento de un sindicato, al trámite de un registro sindical o si se refiere a injerencias en la vida sindical una vez que ya existe un sindicato. Esta distinción es importante porque las eventuales injerencias, en uno u otro aspecto son diversas y debieran ser atendidas y sancionadas también de manera diferenciada. Como se observa, la reforma incluye prohibiciones generales de injerencias, sin saber a qué se refiere dicho enunciado. Nuevamente se abre la puerta a la labor de interpretación en primer lugar de la autoridad administrativa y en segundo lugar del juzgador.

La LFT reformada ha abordado también el tema de los estatutos sindicales. En la doctrina y el Derecho Internacional del Trabajo, los estatutos de un sindicato son la expresión jurídica de la autonomía sindical, elemento consustancial a su libertad sindical. Un sindicato debe tener la posibilidad de dictar sus propias normas que regulen su vida interna. Como expresión de las organizaciones y de los trabajadores afiliados a las mismas, dicha libertad sindical no debe ser violentada y mucho menos sus contenidos deben ser sugeridos o validados por alguna autoridad.

Desafortunadamente, la discusión sobre el contenido de los estatutos sindicales en el Congreso de la Unión se caracterizó más por el interés extrajurídico de cuestionar la actividad y vida sindical de determinado sector del sindicalismo mexicano, más que tratar de avanzar técnica y claramente hacia un reforzamiento de la autonomía y la libertad sindical. Bajo la anterior tesitura, las modificaciones introducidas, si bien loables y

de buena fe, podrían ser objeto de polémicas cuando se realice la interpretación de las mismas, ya sea por los trabajadores, empleadores, sindicatos, autoridad administrativa o por el juzgador, como se podrá apreciar a continuación.

Así por ejemplo, respecto al procedimiento de elección de la directiva sindical, hay que recordar que la Ley señalaba en su art. 371 fracción IX que el estatuto sindical debía incluir el procedimiento para la elección de la directiva sindical, así como el número de sus miembros. Sin entrar a regular o explicar qué tipo de procedimiento debía seguirse. Ahora, la nueva fracción novena (IX) del artículo 371, señala que el estatuto deberá incluir el “Procedimiento para la elección de la directiva y el número de miembros salvaguardando el libre ejercicio del voto con las modalidades que acuerde la asamblea general; de votación indirecta y secreta o votación directa y secreta”.

La intención de favorecer la democracia sindical es pertinente, pero la redacción es poco afortunada, ya que si se hace una lectura a la luz de los Convenios Internacionales en materia de trabajo, el artículo 371 fracción IX podría: limitar la libertad sindical; atentar contra la libertad de los sindicatos para determinar libremente las condiciones de elección de sus dirigentes sindicales; implicar un grave riesgo de injerencia de la autoridad al detallar legislativamente el modo de elección sindical; ir en contra de la democracia que como sistema admite una pluralidad de expresiones, y frenar en la práctica la creación y el desarrollo de las organizaciones sindicales.

El debate de la fracción IX del art. 371 derivó en la inclusión de un planteamiento general y ambiguo del tema. Se señala ahora que el procedimiento de elección de los dirigentes debe ser con el ejercicio libre del voto, con las modalidades que acuerde la Asamblea General. Se deja en manos del órgano máximo del sindicato el definir el procedimiento de elección, sólo con la encomienda de que se salvaguarde el libre ejercicio del voto. Este planteamiento general, en última instancia no cambia lo que en la LFT ya existía. Así mismo, el hecho de que ahora se sugiera que se “salvaguarde el libre ejercicio del voto” es tan ambiguo que quizás podrá ser interpretado de muy variadas maneras en los futuros estatutos sindicales.

Otro gran tema ampliamente debatido, fue el relativo a la rendición de cuentas. La Ley anterior señalaba que los estatutos de un sindicato debían contener la época de presentación de cuentas, mientras que ahora la LFT abandona el criterio simplemente temporal sobre el tema para avanzar hacia un criterio cualitativo. Ahora la fracción XIII del art. 371 se refiere no sólo a la época de presentación de cuentas, sino que agrega la

necesidad de que el estatuto señale lo relativo a las sanciones para sus directivos en caso de incumplimiento: Época de presentación de cuentas y sanciones a sus directivos en caso de incumplimiento. Además de que se deberán establecer instancias y procedimientos internos que aseguren la resolución de controversias entre agremiados, con motivo de la gestión de los fondos sindicales: Para tales efectos, se deberán establecer instancias y procedimientos internos que aseguren la resolución de controversias entre los agremiados, con motivo de la gestión de los fondos sindicales.

Incluir posibles sanciones a los dirigentes sindicales por incumplimiento en materia de transparencia, o por no presentar en tiempo las “cuentas” sindicales, es un tema que ya existía expresa o implícitamente en todos los estatutos sindicales, ya que el cumplimiento de los estatutos forma parte de las obligaciones genéricas de las dirigencias sindicales; en ese sentido, la LFT reformada no aporta una gran novedad. En donde si hay un tema novedoso es en el agregado que se hace como segundo párrafo de la fracción XIII del art. 371, en donde se dice que “Para tales efectos, se deberán establecer instancias y procedimientos internos que aseguren la resolución de controversias entre los agremiados, con motivo de la gestión de fondos sindicales”. La intención del legislador fue que en los estatutos se incluyan instancias especiales, que se ocupen de controversias con motivo de la administración del patrimonio sindical, con lo cual se abre la posibilidad de que en los estatutos contengan órganos sindicales internos (comisión, comités, etc.) que lleven a cabo un procedimiento para tales fines, permitiendo así un desahogo contencioso dentro de la organización sindical.

Sin embargo, cabría preguntarse si a partir de este momento los sindicatos tendrán que reformar nuevamente sus estatutos para estar acordes con la legislación laboral. Lo que podría implicar un nuevo registro y “autorización” por parte de la autoridad laboral. En este momento, prácticamente la totalidad de los estatutos sindicales estarían en falta. Paradójicamente, la reforma podría ser un arma de control sindical, justamente lo que se quería evitar.

Existe el riesgo de que una autoridad registradora considere que en atención a que hay una nueva regulación laboral, en una renovación de directiva sindical, sólo podrá otorgar la toma de nota si la renovación se hace con base en los nuevos contenidos de los estatutos sindicales. Esta posibilidad, podría tener aplicación retroactividad y en ese sentido ser controvertida en tribunales. ¿Cuál es la gran paradoja que aparece buscando consagrar la libertad sindical y se le terminen dando elementos adicionales a la autoridad para ejercer un control de los sindicatos?.

Habría que preguntarse también, qué pasará en la hipótesis de que algunos

agremiados no estén de acuerdo con la resolución que emita el órgano interno de control y además que ya hayan sido agotadas las instancias internas competentes para conocer de estos temas. En principio, los tribunales de trabajo podrán conocer de este tipo de inconformidades y pronunciarse sobre el particular, tal y como pareciera reconocerlo ahora la parte final del art. 373, pero queda la duda sobre ¿qué tipo de resoluciones se emitirían en estos casos, y en qué sentido?, ¿ordenando a un sindicato que administre de tal o cual manera su patrimonio?, ¿Qué se repongan procedimientos internos sindicales, validando las cuentas de los sindicatos?, ¿O simplemente ordenando al sindicato a que entregue la información solicitada con ciertas características o independientemente de la calidad de la misma? ¿Estas injerencias “debidas” podrían convertirse en un medio de control sindical? Como se aprecia, no queda claro cuál es el destino y las consecuencias de la reforma en comento. Desafortunadamente, en México no se ha visto que el problema está en otro lado: en el establecimiento de reglas que fomenten la legitimidad sindical y no en la injerencia del Estado.

7. Las modificaciones al régimen de sanciones

En materia de sanciones, la LFT reformada incluye nuevas multas o incrementa las mismas, por ejemplo, para quienes empleen menores fuera del círculo familiar o respecto a los trabajadores mexicanos vayan a laborar al extranjero y que hayan sido engañados respecto a sus condiciones de trabajo. No obstante, la aparición de nuevas multas o el incremento de las mismas para ser efectivas, se deben tomar en cuenta varios criterios: El carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción; la gravedad de la infracción; los daños que se hubieren producido o puedan producirse; la capacidad económica del infractor; y la reincidencia del infractor. En todos los casos de reincidencia se duplicará la multa impuesta.

Como se puede observar, la mayoría de los criterios están marcados o se caracterizan por su subjetividad. Por ejemplo, respecto al carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción, convierten al dolo como un elemento constitutivo en la comisión del hecho o acto sancionable. Se trata de un elemento que está en la lógica de otras ramas del Derecho, pero que tal vez se aleja de los criterios que históricamente permitieron un esquema sancionatorio en materia de trabajo. En donde, en principio, todo aquello que sucede en el espacio de trabajo es responsabilidad del patrón, salvo dolo o negligencia del

trabajador. Se debe recordar que el origen mismo del régimen jurídico de los riesgos de trabajo se apoyaba en la idea de la responsabilidad objetiva, la cual pareciera ahora dejarse de lado. Nuevamente, la administración del trabajo y juzgador en sus respectivas competencias, van a tener que realizar una labor interpretativa importante.

8. Consideraciones finales

La reforma, en materia de relaciones individuales y colectivas de trabajo, así como en materia procesal, fue objeto de una labor interpretativa intensa y desde nuestro punto de vista, en muchas ocasiones polémica en diferentes niveles, desde la empresa a través de las “lecturas” que realicen los trabajadores, sindicatos y empleadores, como en el ámbito de la administración del trabajo, así como por el juzgador, quien sin duda, tendrá un papel muy importante para definir los alcances de las reformas. Interpretación del juzgador que tendrá que enmarcarse dentro de los principios del derecho del trabajo –*indubio pro operario*, principio de continuidad, principio de razonabilidad, etcétera – y dentro de los contornos mismos que el propio poder judicial ha establecido a dichos principios. El principio *indubio pro operario*, por ejemplo, según se desprende de las interpretaciones realizadas por el juzgador, tiene efectos cantonados a la interpretación de las normas de trabajo¹³³. No faculta a las Juntas a subsanar las omisiones en las que haya incurrido el trabajador en la elaboración de sus demandas¹³⁴. Tampoco es aplicable en materia de

¹³³ Interpretación De La Ley Laboral En Caso De Duda, Según Su Artículo 18. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 91-96, Sexta Parte; Pág. 120. Se ha generalizado en los litigantes una errónea interpretación del artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, a tal grado que resulta muy común su invocación en aquellas alegaciones de éstos tendientes a que se favorezca al trabajador en aquellos casos en que exista duda sobre alguno de los puntos controvertidos, siendo que dicho precepto, a la luz de la exposición de motivos de la propia Ley Federal del Trabajo, no se refiere a la duda respecto a las cuestiones de fondo, sino que se refiere a la duda que tengan los tribunales en la interpretación de los preceptos de la Ley Federal del Trabajo. tribunal colegiado del octavo circuito. Amparo directo 708/75. Carolina Márquez Ramón. 13 de agosto de 1976. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez.

¹³⁴ Interpretación De La Ley Laboral En Caso De Duda. Lo Establecido En El Artículo 18 De La Propia Ley, No Faculta A Las Juntas A Integrar Las Demandas De Los Trabajadores, [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 91-96, Sexta Parte; Pág. 119. Al establecer el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo que en la interpretación de las normas del trabajo, se tomarán en consideración sus finalidades en los artículos 2o. y 3o., y que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador, no faculta a las Juntas a sustituirse a éstos en la integración de sus demandas, porque tal

valoración de pruebas,¹³⁵ ni debe entenderse como una facultad del juzgador para crear prestaciones o derechos inexistentes en la normatividad laboral, ya que de hacerlo implicaría “una invasión de esferas reservadas al legislador; y, por ende, es improcedente, pues de permitirse se estaría facultando al juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas, so pretexto de interpretar las existentes”¹³⁶. No implica resolver siempre invariablemente a favor del

precepto se refiere a los casos de duda en la interpretación de las disposiciones laborales pero no a las omisiones en que se haya incurrido al elaborar las demandas laborales. Tribunal Colegiado Del Octavo Circuito. Amparo directo 722/74. Ricarda Vázquez y coagraviados. 1o. de octubre de 1976. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo García Romero.

¹³⁵ Interpretación Favorable Al Trabajador. ; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 66, Sexta Parte; p. 33. De conformidad con el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, en la interpretación de las normas de trabajo, se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o., y en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador; de lo anterior se advierte que la duda es precisamente en relación a la interpretación de las normas, no a la valoración de las pruebas, por lo que no puede legalmente considerarse que si las pruebas ofrecidas no forman convicción, cuando menos crearon una situación de duda y ante ella la Junta debió estar a lo más favorable al trabajador, en términos del numeral citado. Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Primer Circuito. Amparo directo 161/73. Daniel Bravo Hernández. 26 de junio de 1974. Unanimidad de votos. Ponente: José Martínez Delgado. Principio "In Dubio Pro Operario". Interpretación Favorable Al Trabajador. Contenido En Los Artículos 6o. Y 18 De La Ley Federal Del Trabajo. Se Refiere A La Ley Laboral Y No A La Valoración De Las Pruebas. Ta; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. Y Su Gaceta; Tomo III, Abril De 1996; p. 439. Tercer Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Primer Circuito. Amparo directo 473/96. Vicente Trujillo Zepeda. 14 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Novales Castro. Secretario: José Elías Gallegos Benítez.

Pruebas En El Juicio Laboral. En Su Valoración Es Inaplicable El Principio De Que En Caso De Duda Debe Estarse A Lo Más Favorable Al Trabajador.; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Enero de 2011; p. 1088.

Pruebas En El Procedimiento Laboral. En Su Valoración Resultan Inaplicables Los Principios In Dubio Pro operario Y De Aplicación Inmediata De Las Normas Laborales.; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. Y Su Gaceta; Tomo XXX, Julio De 2009; Pág. 1788. Tercer Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Primer Circuito. Amparo directo 473/96. Vicente Trujillo Zepeda. 14 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Novales Castro. Secretario: José Elías Gallegos Benítez.

¹³⁶ Interpretación más favorable al trabajador a que se refiere el artículo 18 de la ley federal del trabajo. no debe entenderse como una facultad del juzgador para crear prestaciones o derechos inexistentes en la propia ley. [ta]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; p. 1826. Si bien conforme al artículo 18, última parte, de la Ley Federal del Trabajo, en caso de duda en la interpretación de las normas de trabajo prevalecerá la más favorable al trabajador; regla que acepta universalmente la doctrina y que se conoce como principio in dubio pro operario; sin embargo, de su interpretación teleológica se deduce que no constituye una técnica de investigación para

trabajador, sino en el sentido de que las autoridades laborales deben ceñir su actuación a la aplicación de las normas y condiciones imperantes en cada caso particular¹³⁷; ni los tribunales colegiados pueden obligar a la autoridad laboral a aplicar el principio *indubio pro operario*, ya que al hacerlo, “(...) se rompería con la facultad potestativa y por ende el imperio de la autoridad laboral, de aplicar el principio, de que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador, y por ende se invadiría su soberanía”¹³⁸.

Si bien la reforma flexibiliza las relaciones laborales a través de la

interpretar las normas laborales, sino que supone que de un análisis pueda obtenerse más de una interpretación, y frente a éstas debe aplicarse la más favorable al trabajador. Empero, la interpretación más favorable al trabajador no implica la creación de prestaciones o derechos inexistentes en la ley, ya que ello significaría una invasión de esferas reservadas al legislador; y, por ende, es improcedente, pues de permitirse se estaría facultando al juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas, so pretexto de interpretar las existentes. Tercer Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Cuarto Circuito. Amparo directo 602/2005. Benigna Sifuentes Coronado. 12 de diciembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Torres Lagunas. Secretaria: Angélica María Torres García.

¹³⁷ principio in dubio pro operario. sus alcances. J; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Septiembre de 2006; p. 1260. Del artículo 123, apartado A, fracción XXIII, de la Constitución General de la República, así como de los diversos 966 y 979 a 981 de la Ley Federal del Trabajo, se advierte la intención del legislador de salvaguardar los intereses económicos de la clase trabajadora, reflejada en el principio in dubio pro operario; sin embargo, éste no puede entenderse en el sentido de que los conflictos deban resolverse invariablemente en favor de la parte trabajadora, sino en el de que las autoridades laborales deben ceñir su actuación a la aplicación de las normas y condiciones imperantes en cada caso particular. Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Segundo Circuito. Amparo directo 881/2003. Pedro Enrique Guilbert Ruíz y otra. 15 de enero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo García Torres. Secretario: Darío Carlos Contreras Favila.

¹³⁸ Duda, Interpretación De La Norma De Trabajo Más Favorable Al Trabajador. El Tribunal Colegiado No Puede Obligar A La Autoridad Laboral, A Aplicar El Principio Establecido En El Artículo 18 Del Código Obrero.; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV, Septiembre de 1996; p. 640. El Tribunal Colegiado no puede obligar a la Junta a que aplique lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, que dice: "En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador", pues de hacerlo, se rompería con la facultad potestativa y por ende el imperio de la autoridad laboral, de aplicar el principio, de que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador, y por ende se invadiría su soberanía. Primer Tribunal Colegiado En Materias Civil Y De Trabajo Del Segundo Circuito. Amparo directo 352/95. Agustín Enríquez Sánchez. 2 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Barker. Secretario: Isaac Gerardo Mora Montero.

incorporación de nuevas figuras jurídicas (por ejemplo, en materia de contratación con la subcontratación, los contratos a prueba y los de formación), va a corresponder al final del camino al juzgador, evitar y sancionar, en su caso, los actos patronales de simulación jurídica. De tal manera que el juzgador podría ser el garante de la seguridad jurídica en la LFT reformada. Dando lugar a una posible *flexiseguridad* mexicana: *flexibilidad* del legislador y *seguridad* del juzgador evitando todo acto de simulación jurídica.

9. Bibliografía

- Comunicación de la Comisión Europea “Hacia los principios comunes de flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, 2007.
- Díaz, J., “Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Extra, España, 2009.
- Gazier, B., “¿La crisis ha hecho obsoleta la flexiseguridad?”, *Boletín de información sociolaboral internacional*, España, n. 165, abril 2010.
- González Sánchez, J., “Contratación laboral y desempleo. Perspectiva desde la flexiseguridad. Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad”, *Relaciones laborales*, España, nn. 15-16, año 23, 2007.
- Keune, Maarten *et. al.*, “Flexiseguridad: utilidad, desventajas y alternativas”, *Gaceta Sindical*, n. 11, 1, 2008.
- Klammer, U., “Flexiseguridad: perspectiva europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N. extraordinario, 2007.
- Klammer, U., “Flexiseguridad: perspectiva europea”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, España, N. Extra, 2007.
- Landa Zapirain, J. (Coord.), *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- Lefebvre, A., “Resultados nórdicos y flexiseguridad: ¿qué relaciones?”, *Boletín de información sociolaboral internacional*, n. 151, octubre 2008.
- Loi, P., “La función del riesgo en el paso de la seguridad a la flexiseguridad”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n. 2, 2007.
- Miguélez Lobo, F., “Flexiseguridad, bienestar y cohesión social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, N. Extra, 2007.

- Monereo Pérez, J., “La política europea de modernización del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible a la opción liberalizadora”, *Revista de Derecho Social*, España, n. 48, octubre-diciembre 2009.
- Morales Ramírez, M., La Reforma Laboral Mexicana. ¿Hacia la Flexiseguridad?, *Boletín ADAPT*, n. 1/2012.
- Reynoso Castillo, C., “Contratación precaria”; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; UNAM, n. 68, mayo-agosto de 1990.
- Reynoso Castillo, C., “Viejos Derechos, Nuevas realidades”, *Voz y Voto*, N. 172, junio, 2007.
- Rodríguez-Piñero, M., “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, *Relaciones laborales*, nn. 15-16, 2007.
- Ruiz Durán, C., México, *Las Dimensiones de la Flexiseguridad Laboral*, Cepal, Santiago de Chile, 2008.
- Sánchez Castañeda, A., “La reforma extraviada”, *Voz y Voto*, n. 172, 2008.
- Sánchez-Castañeda A., Reynoso Castillo, C. y Palli B., *La subcontratación un fenómeno global*, UNAM, México, 2011.
- Sánchez-Castañeda, A., “El difícil camino de la reforma laboral: la paradoja de perder todos para ganar todos”, en *La palabra y el hombre*, *Revista de la Universidad Veracruzana*, tercera época, n. 18, 2011.
- Sánchez-Castañeda, A., “Las tendencias de la negociación colectiva”, *Gaceta Laboral*, vol. 11, n. 2, mayo-agosto, 2005, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.
- Sánchez-Castañeda, A., Hacia una definición de los derechos fundamentales en el trabajo y su exigibilidad, en AA.VV., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en su cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo XII, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, México, 2008.

Un intento de adecuación de las bases de la seguridad social al sistema privado de pensiones en el Perú

César ABANTO REVILLA*

RESUMEN: En este artículo revisaremos sí, a partir de la definición del concepto “pensión” y los fundamentos básicos de la seguridad social, existiría una adecuación de los parámetros sobre las cuales se desarrolla el Sistema Privado de Pensiones, analizando si dicho modelo forma parte de la citada ciencia, al cumplir con las exigencias de sus principios esenciales, o sí, por el contrario, solamente es un mecanismo alternativo de gestión privada de los fondos de pensiones.

Palabras clave: Seguridad Social, Pensiones, Sistema Privado de Pensiones.

SUMARIO: El Sistema de Pensiones en el Perú. 2. La autonomía del Derecho Previsional o Pensionario. 3. Análisis de la “pensión”: Concepto, contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido. 3.1 Hacia una definición del concepto “pensión”. 3.2 El contenido esencial del derecho a pensión. 3.3 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión. 4. Un intento de adecuación de las bases de la seguridad social al Sistema Privado de Pensiones. 4.1 El desarrollo teórico de la discusión. 4.2 El desarrollo jurisprudencial de la discusión. 5. Bibliografía

*Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor del curso de Instituciones de la Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y del curso de Derecho Previsional en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

1. Sistema de Pensiones en el Perú

Para iniciar este trabajo, resulta necesario dejar constancia que actualmente –y desde finales de 1992– coexisten en nuestro país dos regímenes de pensiones de manera paralela, el público y el privado.

El régimen público, que funciona bajo el modelo del sistema de reparto, está –a su vez – conformado por cuatro regímenes:

- Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial,
- Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP),
- Decreto Ley N° 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos¹³⁹, y
- Decreto Legislativo N° 894, régimen de los servidores diplomáticos¹⁴⁰.

El régimen privado, que funciona bajo el modelo de la capitalización individual, fue creado el 6 de diciembre de 1992 por el Decreto Ley N° 25897, copiando el sistema chileno de inicios de los ochenta, que trasladó la administración de los aportes y pensiones de los trabajadores a empresas privadas –denominadas AFP– que funcionan bajo la supervisión del Estado¹⁴¹.

En tal sentido, todo trabajador público o privado que inicie su actividad laboral, de manera dependiente o independiente¹⁴² deberá elegir¹⁴³ entre el SNP o el SPP.

El SNP fue creado el 24 de abril de 1993 por el Decreto Ley N° 19990, con el fin de unificar en un solo régimen las disposiciones pensionarias de los trabajadores obreros y los empleados, que entonces recibían un tratamiento legal diferenciado. En la actualidad, y desde el 1 de enero de 1995, dicho régimen es administrado por la Oficina de Normalización

¹³⁹ Régimen cerrado de forma definitiva, a partir del 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 28389.

¹⁴⁰ Si bien este régimen especial fue cerrado por Ley N° 28091, publicada el 17 de octubre de 2003, el Decreto Supremo N° 065-2009-RE restituyó su vigencia.

¹⁴¹ En el Perú, a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), entidad que a partir del 25 de julio de 2000 asumió las funciones de la extinta Superintendencia de AFP (SAFP), por mandato de la Ley N° 27328.

¹⁴² Dependiendo de los parámetros establecidos por la Ley N° 29903.

¹⁴³ De acuerdo al procedimiento previsto por la Ley N° 28991 – Ley de Libre Desafiliación Informada, publicada el 27 de marzo de 2007, el trabajador que ingrese por primera vez a un centro laboral recibe un Boletín Informativo sobre las características del sistema pensionario, y a partir de su entrega tendrá 10 días para elegir entre el SNP o el SPP, vencidos los cuales tendrá 10 días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. De no formalizar su decisión dentro de dicho plazo, será afiliado al SPP.

Previsional (ONP), entidad estatal descentralizada del Sector Economía que ha reemplazado en dicha labor al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), que durante muchos años fue considerado uno de los entes burocráticos más ineficientes a nivel nacional (incluso mundial)¹⁴⁴.

El SPP está conformado por cuatro AFP (Hábitat, Integra, Prima y Profuturo), cuenta con unos 5.000,000 de afiliados y un fondo de más de S/. 100,000 millones de Nuevos Soles. Su implementación fue muy cuestionada, al haber sido impuesta sin un mayor debate y omitir – desde su origen – elementos que eran básicos para su adecuado funcionamiento, como la pensión mínima, que fue recién incorporada hacia julio de 1995 (Ley N° 26504), pero cuyo desarrollo operativo se dio en enero del 2002 (Ley N° 27617), casi una década después de su creación. Esta situación ha originado una serie de reclamos, sobre todo de aquellos que fueron afiliados sin una correcta información acerca de las ventajas del régimen, razón por la cual desde finales de los noventa un grupo de asegurados ha pugnado por su retorno al SNP, habiéndose emitido en marzo de 2007 una norma que regula expresamente las causales en mérito a las cuales se puede gestionar la desafiliación de una AFP.

2. La autonomía del Derecho Provisional o Pensionario

La seguridad social se manifiesta a través de diversas prestaciones (sanitarias, pensiones, subsidios, etc.), sin embargo, en la medida que desde hace unos treinta años asistimos a una evolución acelerada y diferenciada de las normas, los principios y la doctrina relativa al campo pensionario, podemos afirmar que durante dicho periodo –y hasta la actualidad– se ha ido gestando su autonomía científica.

Esta independencia o separación fáctica y teórica de la seguridad social, como conjunto, se debe a la relevancia que en las últimas décadas ha adquirido la administración y tutela de los fondos pensionarios, al constituir la garantía de su financiamiento en el tiempo, lo cual ha determinado la elaboración de diversas propuestas para reformar el tradicional modelo de reparto, variando sus parámetros con miras a una gestión eficiente.

La suma de una serie de factores paralelos de diversa índole –a nivel mundial–, como la longevidad, la reducción de la tasa de natalidad, el

¹⁴⁴ Para el periodo 1981-1988, el IPSS fue considerada la entidad pública previsional que registró la menor rentabilidad en el mundo (- 37.4%), como consta en el Gráfico 3.7 de la página 110 del informe del Banco Mundial de 1994.

aumento de la informalidad laboral, la evasión del pago de los aportes previsionales, o la jubilación de los *baby boomers*¹⁴⁵, ha originado un desfase financiero en los sistemas de reparto, sustentados en los aportes de los trabajadores en actividad, tanto por su reducción cuantitativa, como por el hecho que ahora carecen de una protección formal, en situaciones como la informalidad, lo que origina una disminución de los beneficiarios de la seguridad social.

En este escenario, fue Chile el primer país que se arriesgó en 1980, mediante el Decreto Ley N° 3,500, a implementar, dentro de un proceso de reforma integral de su economía, un modelo en el cual las pensiones de la seguridad social fueran administradas por la empresa privada a través de cuentas de capitalización individual, relegando al Estado a una función de supervisión y atención de determinados beneficios complementarios.

La idea que se postulaba era que, a diferencia del fondo común característico del sistema de reparto, cada asegurado tendría una cuenta que sería administrada por una empresa privada, la cual invertiría sus fondos en el mercado financiero y bursátil, tanto interno como externo, procurando una mayor rentabilidad a la obtenida por la gestión estatal, lo que generaría no sólo una mayor pensión, sino la reactivación de la economía del país.

Lamentablemente, el tiempo y las crisis financieras internacionales nos han demostrado que condicionar la rentabilidad de las pensiones del SPP al resultado de las inversiones puede generar considerables pérdidas económicas a los asegurados, lo cual ha llevado que, en el 2008, Chile haya reestructurado su modelo (Ley N° 20,255), tomando como base el sistema multipilar propuesto por el Banco Mundial¹⁴⁶.

Dejando a un lado, por el momento, nuestra apreciación sobre el destino del modelo de capitalización, queda claro que el desarrollo del tema pensionario ha adquirido, tanto en el nivel normativo como teórico, una autonomía e independencia particular, en relación al estudio de la seguridad social, lo que justifica el análisis de su problemática de forma diferenciada a través del denominado Derecho Previsional o Pensionario.

3. Análisis de la “pensión”. Concepto, contenido esencial y

¹⁴⁵ Como suele denominarse a quienes nacieron durante la etapa de incremento de la tasa de natalidad en Norteamérica, posterior a la Segunda Guerra Mundial (1946 a 1950), que hacia la primera década del nuevo siglo están alcanzando masivamente la edad de jubilación: en promedio, 60 a 65 años.

¹⁴⁶ Banco Mundial, “Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento”. Este modelo fue reformulado en el 2001 y 2005.

contenido constitucionalmente protegido.

3.1. Hacia una definición del concepto de pensión

A diferencia del concepto “seguridad social”, que – como vimos – admite una variedad de definiciones, difícilmente encontraremos un autor que explique el concepto “pensión”¹⁴⁷, o precise los elementos que la conforman, pues la mayoría tan sólo se limita al estudio individualizado de sus modalidades: cesantía, jubilación, invalidez, etc.

Para quien suscribe, la pensión es – independientemente de la contingencia que la origine (enfermedad, accidente, vejez, muerte, etc.) – una suma dineraria, generalmente vitalicia¹⁴⁸, que sustituirá los ingresos percibidos por una persona, cuando se presente un estado de necesidad, permanente o transitoria¹⁴⁹, permitiéndole cubrir sus necesidades básicas, y se otorgará siempre que ésta cumpla todos los requisitos previstos legalmente.

En la medida que no existe una fórmula única o perfecta que resulte aplicable a todos los ordenamientos legales del mundo, los aspectos relativos a la regulación específica de los requisitos y particularidades de las pensiones deben ser evaluados tomando en cuenta las características demográficas, sociales, económicas y políticas de cada país.

Finalmente, en la medida que a partir de un fallo del Tribunal Constitucional, emitido al resolverse el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra las leyes que aprobaron la reforma constitucional previsional del 2004 (Expediente N° 00050-2004-AI/TC)¹⁵⁰, se han determinado los elementos que conforman tanto el contenido esencial del derecho a la pensión y, posteriormente, su contenido constitucionalmente protegido, será necesario dar una mirada a ambos conceptos para verificar su relación con el SPP.

¹⁴⁷Desde una perspectiva económica, Valdés la define como “un monto relativamente constante de dinero pagado periódicamente (mensualmente), que se inicia cuando el causante tiene una edad relativamente avanzada o cuando queda inválido o muere, y continúa hasta la muerte del causante y sus beneficiarios”. Valdés Prieto, “Políticas y mercados de pensiones”, p. 24.

¹⁴⁸ Existen supuestos en que la pensión tiene carácter temporal, como la cesantía por disponibilidad, prevista por el Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial.

¹⁴⁹ Por ejemplo, la caducidad de la pensión de invalidez, por recuperar la capacidad física o mental, regulado por el literal a del Artículo 33° del Decreto Ley N° 19990.

¹⁵⁰ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de junio de 2005.

3.2. El contenido esencial del derecho a pensión¹⁵¹

Se acepta en la doctrina constitucional que los derechos fundamentales no son absolutos, por tanto, pueden estar sujetos a límites legales, sin embargo, la facultad del legislador de restringir estos derechos tiene como barrera infranqueable al denominado “contenido esencial”.

La garantía del contenido esencial, que para la mayoría de autores tiene su origen en Alemania, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, alude a la limitación que tendrá el legislador ordinario –incluso el constituyente–, al elaborar normas referidas a derechos fundamentales, de no poder afectar el núcleo de los elementos mínimos que identifican a un derecho, sin los cuales perdería su identidad.

El contenido esencial de cada derecho fundamental deberá ser determinado – caso por caso – por el Tribunal Constitucional. Dicha labor conllevará a un análisis de su origen y sustento constitucional, como de su desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial, a lo largo del tiempo.

Si bien en el Perú la Constitución de 1993 no hace referencia expresa a la garantía del contenido esencial, el Tribunal Constitucional ha recurrido a dicha técnica – en algunas ocasiones – para evaluar la constitucionalidad de determinadas leyes, como se aprecia en el fundamento 11 del fallo recaído en el Expediente N° 01593-2003-HC/TC¹⁵², en el cual se declaró textualmente lo siguiente:

“aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido esencial de algunos derechos fundamentales¹⁵³ y, en el caso de

¹⁵¹ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de junio de 2005.

¹⁵² Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de enero de 2004.

¹⁵³ Por ejemplo: Expediente N° 01124-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por la Federación y el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú S.A.A., al determinar el contenido esencial del derecho a la libertad sindical; Expediente N° 00010-2001-AI/TC, acción de inconstitucionalidad formulada por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza N° 290 de la Municipalidad de Lima, para evaluar al derecho a la pluralidad de instancia como un elemento del contenido esencial del derecho al debido proceso administrativo; Expediente N° 00004-2004-AI/TC (acumulados), acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Cusco y otros contra los Decretos Legislativos N° 939, N° 947 y la Ley N° 28194, para establecer los componentes del contenido esencial del derecho a la libertad contractual y

la pensión, en el fundamento 107 de la sentencia recaída en el citado Expediente N° 00050-2004-AI/TC ha establecido que su contenido esencial está compuesto por tres elementos, a saber:

- El derecho de acceso a una pensión
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión
- El derecho a una pensión mínima vital

Estos tres elementos constituyen el “núcleo duro” del derecho fundamental a la pensión, por tanto, el legislador no podrá emitir norma alguna que limite su correcto ejercicio.

Cabe precisar que en los fundamentos 107 y 108 del fallo, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de otros elementos que también formarían parte del derecho a la pensión, agrupándolos de manera complementaria en: no esenciales (reajustes y topes) y adicionales (pensiones de sobrevivientes). Estos sí podrán ser revisados y regulados por el legislador para su libre configuración normativa.

3.3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión

Los derechos fundamentales requieren de un instrumento que les brinde tutela ante una vulneración o amenaza inminente de agresión, por ello, el Derecho Constitucional prevé la jurisdicción constitucional: procesos judiciales ad hoc mediante los cuales, a través de pretensiones diferenciadas según el derecho protegido, podrá recurrirse al Poder Judicial para reclamar frente a un derecho afectado: acción de amparo, habeas corpus, etc.

El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental está constituido por los supuestos que – al derivarse de su contenido esencial – merecen ser tutelados en la sede judicial a través del proceso de amparo constitucional.

Con esto, se busca restringir el acceso a la vía del amparo constitucional, reservándola sólo para aquellas pretensiones en que el derecho constitucional sea la esfera subjetiva afectada, más no para los casos en los cuales se busca proteger derechos legales que, por más que estén relacionado al derecho en cuestión, deban ser reclamadas en sede judicial ordinaria (civil, penal, laboral, etc.), al no derivar directamente del contenido esencial.

descartar el derecho al secreto bancario como parte integrante del contenido esencial del derecho a la intimidad personal; entre otros casos.

En el fallo recaído en el Expediente N° 01417-2005-PA/TC¹⁵⁴, el Tribunal Constitucional – tomando como referente los elementos que conforman su contenido esencial – definió el contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión, al precisar (fundamento 37) los reclamos que podrían ser planteados a través del proceso de amparo:

- a) Los supuestos en que, habiendo la persona cumplido los requisitos legales para iniciar el periodo de aportes al SNP, se deniegue el acceso a la seguridad social.
- b) Los supuestos en los que se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de cesantía, jubilación o invalidez, pese a haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad, años de aportación, etc.).
- c) Los supuestos en que la pretensión esté relacionada con el monto específico de la pensión, del sistema previsional público o privado, cuando esté comprometido el derecho al mínimo vital¹⁵⁵.
- d) Los supuestos en los que se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de sobrevivencia (viudez, orfandad o ascendiente), pese a haber cumplido los requisitos legales para obtenerla.
- e) Los supuestos en que se afecte el derecho a la igualdad, cuando ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas, se brinde un tratamiento disímil – en el libre acceso a prestaciones pensionarias – a personas que se encuentren en situación idéntica o sustancialmente análoga.

Los reclamos pensionarios que no estén relacionados con dichos supuestos tendrán que ser formulados en la vía judicial ordinaria.

Este fallo redujo la cantidad de demandas en materia pensionaria, interpuestas en la vía del amparo, pero no los reclamos judiciales en sí, que representan la principal carga del Poder Judicial¹⁵⁶, ahora formulados

¹⁵⁴ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de julio de 2005. Proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP.

¹⁵⁵ Tomando como referente objetivo el monto más alto de la pensión mínima (S/. 415.00 Nuevos Soles), fijado por la Ley N° 27617, podrán acudir a la vía judicial del amparo constitucional aquellas personas cuya pensión sea menor a dicho monto. Quienes perciban un monto igual o mayor deberán recurrir a la vía judicial ordinaria, a menos que, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su solución en vía constitucional para evitar consecuencias irreparables, por ejemplo: los supuestos acreditados de graves estados de salud. En esta excepción se incluyó posteriormente a las personas de edad avanzada: 80 años o más.

¹⁵⁶ Cerca del 60%, según las Memorias Institucionales del 2011 y 2012. Cabe recordar que con la antigua Ley de Habeas Corpus y Amparo (Ley N° 23506) la mayoría de litigantes recurrían al Poder Judicial a través de procesos constitucionales, por celeridad y restringido cotejo probatorio, pese a que debían formular sus reclamos en las vías

masivamente en la vía contencioso administrativa.

4. Un intento de adecuación de las bases de la Seguridad Social al Sistema Privado de Pensiones

4.1. El desarrollo teórico de la discusión

Desde que fuera aplicado como un sistema de pensiones obligatorio en Chile (1980), se ha debatido teóricamente si el SPP forma – o no – parte de la seguridad social. La mayoría considera, en términos que compartimos, que al carecer de una solidaridad intrínseca, es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de los fondos de pensiones, más no un régimen previsional, en estricto. Revisemos algunas opiniones al respecto, a fin de evaluar la posibilidad de encontrar un punto medio en esta discusión.

Pestieau¹⁵⁷ reconoce que las reformas pensionarias con cierto grado de capitalización son indispensables, aunque representen una más grande toma de riesgos y un costo para algunos, por tanto, al no existir unanimidad de la sociedad (personas con ingresos bajos, medios y altos), debería forma parte del pilar complementario, pues algunos no quieren que esté presente la menor incertidumbre bursátil vinculada a la garantía de una pensión decente, independiente de los riesgos financieros.

Dicho autor sostiene que las personas con ingresos bajos se han beneficiado con la distribución – inter e intrageneracional – de los modelos de reparto, en detrimento de los grandes aportantes, pero que en la actualidad existe un enfoque más individualista de la jubilación, que es incompatible con la regla de perecuación (reparto igualitario). Si bien una unidad monetaria sustraída a la deuda pública y añadida a los derechos pensionarios tendría un efecto neutro, lo cierto es que no se puede pasar a la capitalización sin que el Estado tenga que financiar – en todo o parte – las prestaciones de dicha transición¹⁵⁸.

Gruat¹⁵⁹ precisa que en los procesos de reforma de pensiones – como el

ordinarias. La causal de improcedencia del inciso 1 del Artículo 5° del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) pretende reducir este fenómeno (amparización), para lo cual requiere que el Tribunal Constitucional delimite el contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental.

¹⁵⁷ Pestieau, P. “La reforma del sistema de pensiones. Reparto, capitalización y mercados financieros”, pp.128-129.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 121-122.

¹⁵⁹ Gruat, J. “Pertinencia, principios de la seguridad social y reforma de las pensiones”,

SPP – se deben de aplicar los principios de la seguridad social aceptados internacionalmente, pues por más que se invoquen problemas estructurales vinculados a factores internos y externos, debe tenerse en cuenta que el objetivo central de cualquier cambio tiene que ser el procurar una pensión mayor y mejor para los trabajadores, lo que no está reñido con la búsqueda de fuentes de financiamiento sostenible o una adecuada gestión de los sistemas, por tanto, la normatividad vinculada a la reforma debe contrastarse con las reglas aprobadas por el Convenio N. 102 de la OIT y los demás instrumentos internacionales que fijan los valores superiores del derecho social.

En sede nacional, Pasco¹⁶⁰ señala que la seguridad social se basa – naturalmente – en sus principios, que al ser confrontados con el SPP nos muestran no sólo un desajuste, sino una total contradicción, pues los regímenes privados no conllevan a la universalidad, a pesar que la misma no les resulte ajena o incompatible, al orientarse la captación de sus afiliados a los sectores privilegiados, aunque sin llegar a la marginación – prohibida por ley –, sin embargo, es en la solidaridad donde se encuentra el criterio diferenciador, por excelencia, pues mientras la seguridad social procura repartir los ingresos de forma justa, equilibrando las diferencias en busca del bienestar colectivo, el SPP se sustenta en la individualidad, segregando toda transferencia interna de recursos y condicionando el monto de las prestaciones a la medida exacta de los aportes personales.

En tal sentido, concluye que – desde el punto de vista principista – el SPP no sería parte de la seguridad social, sin embargo, añade que no atribuirle la condición de instrumento o modalidad de dicha ciencia, es apenas una constatación, más no un juicio de valor, pues no se puede desdeñar que el SPP redujo algunos factores que influyeron en el fracaso de los sistemas de reparto. Constituiría, por tanto, un mecanismo distinto y paralelo, basado en criterios, principios y métodos diferentes para enfrentar el riesgo social, no desde una perspectiva solidaria y redistributiva, sino en función exclusiva del esfuerzo y el aporte personal e individualizado.

Para González¹⁶¹, el SPP no es ni pretende constituirse en uno de seguridad social, pues su concepción y desarrollo se encuentra en las antípodas de las bases que la sustentan, por tanto, al carecer de su rasgo más distintivo – la solidaridad –, no es más que una expresión lograda de un modelo de aseguramiento social. Precisa dicho autor, que si bien ello

pp. 25-27.

¹⁶⁰ Pasco Cosmópolis, M. “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social?”, pp. 177-179.

¹⁶¹ González Hunt, C. “El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, pp. 15-16.

no lo descalifica como un mecanismo previsional, es una precisión doctrinal que es fundamental al analizar nuestro sistema pensionario.

Desde su perspectiva¹⁶², ni siquiera la existencia de una pensión mínima en el SPP, que es pagada con un bono de reconocimiento (BRPM) financiado por el Tesoro Público, puede llevar a sostener válidamente que dicho sistema sea parte de la seguridad social, pues este beneficio sólo demuestra la solidaridad de todos los peruanos con dicho régimen, más no una solidaridad intrínseca de sus propios participantes (afiliados).

El SPP fue concebido como una alternativa que otorgó al Estado un importante alivio económico, en el tiempo, pues ya no tuvo que afrontar la pesada carga (financiera) que representaba atender el pago de las pensiones de un importante contingente de personas, que pasaron del SNP al régimen privado, traspaso que contó con un claro respaldo estatal. En su opinión, la introducción del SPP constituyó la debilitación del derecho a la seguridad social brindada por el Estado¹⁶³.

En esa misma línea, Vidal y Sánchez¹⁶⁴ reconocen que en la Constitución no se regula expresamente un mecanismo determinado de financiamiento de la seguridad social, sin embargo, al precisar la Cuarta Disposición Final y Transitoria que las normas relativas a los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, debemos respetar los criterios fijados por el Convenio N° 102 de la OIT (Normas Mínimas de la Seguridad Social, 1952), en el cual se dispone que la administración debe ser colectiva y con una finalidad redistributiva, lo cual no es cumplido por el SPP.

Añaden dichos autores, que las medidas implementadas posteriormente por el Estado, para paliar las debilidades del SPP, son parciales y no configuran un contenido solidario institucional que permita calificarlo como un mecanismo de seguridad social.

Por su parte, Cruz Saco¹⁶⁵ considera que en el SPP no existe el concepto de solidaridad o redistribución. Las CIC eliminan la redistribución intergeneracional, al no estar reguladas comisiones para extender la cobertura a los grupos de menores ingresos.

La desconfianza y el excesivo costo motivan – en su opinión – que un grupo considerable de trabajadores no se afilie al SPP o procuren evadir la obligatoriedad. Incluso aquellos con altos ingresos prefieren redefinir su categoría laboral para no ser parte del sistema, optando por ahorrar,

¹⁶² *Ibidem*, p. 93 (Infra 88).

¹⁶³ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶⁴ Vidal, A. y Sánchez C. “Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social”, pp. 970-971.

¹⁶⁵ Cruz Saco Oyague, M. “¿Capitalización para quién? La industria de las AFP”, p. 46.

invertir o adquirir seguros de vida u otros productos previsionales con beneficios y precios más competitivos, incluso del extranjero.

Nuestra apreciación, coincidente con la de estos autores, es que existe una contradicción manifiesta al principio de solidaridad, cuya aplicación indirecta no puede ser invocada a través del otorgamiento de beneficios como la pensión mínima, la libre desafiliación, la jubilación anticipada y los diversos tipos de bonos existentes, al ser prestaciones que el Estado tendrá que asumir – parcial o totalmente – con cargo al Tesoro Público, no mediante mecanismos de solidaridad intrínseca, a cargo de sus propios afiliados o de las AFP.

No existe solidaridad indirecta o implícita en un régimen carente de redistribución.

Esta conclusión, sin embargo, no implica sustraer totalmente al SPP del ámbito teórico de la seguridad social, pues – en un sentido amplio – es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de fondos de pensiones que, al ser implementado por el Estado, formaría parte del sistema previsional, por tanto, tiene un carácter público inherente del cual no se puede desligar. En tal sentido, consideramos que podría ser reconocido como una moderna manifestación de la seguridad social, sujeta a criterios y reglas diferentes a las tradicionales, dentro de un ámbito que sería denominado “cuasi previsional”.

Cabe mencionar que en algunos países de Europa – Suecia, Italia, Letonia, Polonia, entre otros – se viene implementando desde mediados de los noventa un mecanismo alterno al reparto (SNP) y la capitalización individual (SPP), que es conocido como el sistema de contribución definida nocional o no financiera, que constituye una suerte de aplicación conjunta de ambos modelos, bajo un esquema de actualización actuarial, en el que los ingresos de los trabajadores son registrados – durante toda su vida laboral – en una cuenta individual, sujetos a una tasa fija, a la cual se aplica un tasa interna de retorno.

El fondo de pensiones no es invertido en instrumentos financieros – como en el SPP – y se le aplican reglas y características de recambio generacional similares a las del sistema de reparto tradicional (*pay as you go*)¹⁶⁶.

Consideramos que dicho modelo no podría ser implementado en nuestra realidad, sin las adecuaciones legislativas de control correspondientes, pues – al ser administrado por el Estado – podría tener el mismo destino

¹⁶⁶ Palmer, E. “¿Qué es el sistema de contribución definida nocional?”, págs. 21-23. Dicho autor considera que este modelo tiene como origen el trabajo de James Buchanan titulado “Social insurance in a growing economy: A proposal for radical reform” (1968).

que el SNP; además, las variables que afectaron a los sistemas de reparto en Europa – principalmente demográficas –, no aplican en el caso peruano, en que los factores negativos principales están relacionados a la informalidad del mercado laboral, la evasión del pago de los aportes previsionales, entre otros.

4.2. El desarrollo jurisprudencial de la discusión

Podemos afirmar que en las últimas dos décadas la jurisprudencia ha jugado un papel de suma importancia en el tema pensionario, al punto que se han dictado normas legales que en forma expresa han asumido los criterios fijados por el Tribunal Constitucional, como se aprecia de las Leyes N° 27561, N° 28407 y N° 29711, o el Decreto Supremo N° 150 – 2008-EF. Los precedentes vinculantes han originado cambios de criterio – de larga data – en la interpretación y aplicación de figuras previsionales de los diversos regímenes.

En el sistema de derecho romano germánico, al cual pertenece el derecho peruano, la ley es la fuente principal del derecho. La jurisprudencia, entendida como la decisión del más alto tribunal del país que al resolver en instancia final un caso concreto establece un principio o doctrina, complementa al ordenamiento jurídico, por tanto, sería una fuente indirecta del derecho, sin embargo, en materia previsional es hoy una fuente principal.

Para determinar la existencia de un precedente jurisprudencial vinculante nos debemos referir al Artículo 400° del Código Procesal Civil o al Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), norma ésta última que el Tribunal Constitucional ha utilizado los últimos años para emitir sentencias normativas en las que se han delimitado algunos principios fundamentales relacionados al SNP y el SPP.

En cuanto a la discusión que nos convoca, respecto a definir si el SPP es parte – o no – de la seguridad social, inicialmente el Tribunal Constitucional se manifestó expresamente en contra de dicha posibilidad, en el fundamento 140 del fallo recaído en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC, al calificar a dicho régimen como un “seguro privado”, como se aprecia de la transcripción literal del referido considerando:

140.

Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar

la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad.

Esta postura negativa, sin embargo, fue variada dos años después, cuando en el fallo del Expediente N° 01776-2004-AA/TC¹⁶⁷, sobre desafiliación del SPP por causales, precisó que, a pesar de ser administrado por empresas privadas, el nuevo régimen formaba parte del sistema pensionario, analizando el caso específico a partir del supuesto previsto por el literal a del fundamento 37 del Expediente N° 01417-2005-PA/TC, a pesar que estaba referido a los aportes del SNP, sin hacer mención alguna al SPP. Veamos lo expuesto:

Ahora bien, a entender del TC, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea para resolver el caso de autos, dado que en él se debe analizar la existencia de un derecho fundamental como es el libre acceso a las prestaciones de pensiones, y, determinar si éste fue vulnerado por las instituciones demandadas bajo el amparo de la legislación correspondiente.

La administración y ejecución de prestaciones de pensiones a través de agentes privados no subvierte la condición de prestaciones que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. “Importa señalar que aun cuando la administración y las prestaciones de pensiones están en manos de agentes distintos del Estado, no por ese hecho este último deja de tener la condición de sujeto pasivo del derecho a la pensión y, en ese sentido, carece de obligaciones para con él”.

Frente a la existencia del rol asignado al Estado, se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la *drittwirkung* –eficacia frente a terceros– de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente, pero siempre el principal obligado de asegurar el acceso a la prestación es el Estado. Por tal razón, se señaló en el fundamento 69 la sentencia recaída en el Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros que el artículo 11º de la Constitución reconoce sistemas diferenciados, pero es en el SPP cuando

¹⁶⁷ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de febrero de 2007. Proceso de amparo seguido por Víctor Morales Medina contra la SBS y AFP Unión Vida.

es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos (libre acceso, retiro y pensión digna), convirtiéndose éste en parte de los desafíos de las políticas gubernamentales. Por decirlo así, el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no sólo debe promocionarlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe.

Este nuevo punto de vista, a favor de considerar al SPP dentro del sistema pensionario y de la seguridad social, fue ratificado dos años más tarde, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00014-2007-AI/TC¹⁶⁸, proceso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley N° 28991, en cuyos fundamentos 36 y 39 se indica expresamente que el SPP – a pesar de la capitalización individual – es un sistema de seguridad social al cual le resulta aplicable el principio de solidaridad. Si bien esta afirmación se realiza para justificar el riesgo compartido por las pérdidas derivadas de las inversiones de las AFP, con ocasión de la crisis financiera internacional del 2008, lo relevante es la precisión en el sentido de pertenencia del SPP dentro del ámbito de la seguridad social. Veamos lo expuesto: Deber constitucional de las AFPs de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, existen motivos de relevancia constitucional por los que el Tribunal Constitucional considera constitucionalmente necesario que el legislador y los organismos competentes como la SBS, modifiquen sensiblemente el tratamiento normativo de las referidas comisiones.

En tercer lugar, bajo este marco constitucional, debe tenerse presente que, sin perjuicio de reconocer que en un SPPrP, a diferencia de lo que ocurre en un SPuP, la capitalización del fondo de aportes es individualizada, tratándose también de un sistema de seguridad social, el principio de solidaridad debe ser considerado como elemento básico de su funcionamiento.

En aplicación del principio de solidaridad perteneciente al núcleo esencial de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10° de la Constitución), es constitucionalmente necesario que el riesgo de la inversión realizada con los recursos del fondo privado de pensiones sea también afrontado, solidariamente, con el patrimonio de las AFPs, representado por el cobro de las comisiones de administración.

¹⁶⁸ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 15 de mayo de 2009.

Como se aprecia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional – con relación a este tema – ha sido cambiante, pues luego de rechazar en un inicio al SPP como parte integrante de la seguridad social, varió su criterio, a efectos de habilitar su pronunciamiento respecto a la desafiliación de las AFP, postura ratificada finalmente en el 2009.

Ello demuestra la ausencia de una tendencia uniforme y un riesgo jurídico latente, pues el sólo cambio de los magistrados de dicho tribunal conlleva la posibilidad que criterios relevantes en materia pensionaria sean modificados radicalmente, lo que representa una obvia preocupación respecto al destino final del sistema previsional en general, pues una premisa esencial para su correcto funcionamiento radica en la estabilidad de sus reglas y el respeto de sus parámetros teóricos en el tiempo.

5. Bibliografía

- Abanto Revilla, C., “El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión”, *Laborem*, Revista de la SPDTSS.
- Banco Mundial, *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*, Oxford University Press, 1998.
- Cruz Saco Oyague, M., “¿Capitalización para quién?: La industria de las AFPs”, *Apuntes N° 45*, Revista del Centro de Investigación (Universidad del Pacífico).
- González Hunt, C., *El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ARA Editores, 2103, en prensa.
- Gruat, J., “Pertinencia, principios de la seguridad social y reforma de las pensiones”, en AA.VV, *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma*, OIT, 1999.
- Palmer, E., “¿Qué es el sistema de contribución definida nocional?”, *Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto*, CEPAL, 2008.
- Pasco Cosmópolis, M., “¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?”, *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*, OISS, 1998.
- Pestieau, P., “La reforma del sistema de pensiones. Reparto, capitalización y mercados financieros”, *Economía N. 42*, Revista del Departamento de Economía (PUCP), 1998.
- Valdés Prieto, S., *Políticas y mercados de pensiones*. Universidad Católica de Chile, 2002.

Vidal, Á. y Sánchez C., “Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social”, en *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, Ponencias del II Congreso Nacional de la SPDTSS, 2006.

**Hacia el desarrollo sostenible.
Oportunidades de trabajo decente e
inclusión social en una economía verde,
por la Organización Internacional del
Trabajo
*Una reseña***

El modelo de desarrollo actual basado en el uso intensivo de los recursos naturales no solo afecta al medio ambiente, sino es ineficiente en relación al empleo y al trabajo decente. Sin embargo, en los países en favor de las economías verdes, se han creado millones de empleos formales, que van desde 2.9 millones en Brasil hasta 3.1 millones en Estados Unidos, particularmente en el sector de la energía renovable. A través de los diez capítulos de *Hacia el desarrollo sostenible. Oportunidades de trabajo decente e inclusión social en una economía verde*, la OIT expone el potencial significativo de crear más oportunidades de trabajo decente a través del desarrollo sustentable.

En el Capítulo I, *La transición hacia una economía verde: efecto en el empleo y la renta* se dice que en los últimos años, la insostenibilidad del actual modelo de crecimiento mundial desde la perspectiva económica y ambiental han aumentado los costos sociales. Si se continúa con el modelo de producción en el que se producen y consumen una gran cantidad de residuos, se exponen las razones principales por las que habrá una mayor escasez de agua y alimentos que sólo van a empeorar los problemas de pobreza y desigualdad, sobre todo en los países pobres.

En el Capítulo II, *Agricultura*, se dice que es el segundo sector de la economía que más empleo genera. Por lo que también es el que más desafíos económicos, sociales y ambientales presenta. Y también es el sector con más concentración de trabajadores pobres. Y además, se requiere una mayor producción de alimentos para abastecer a la población

mundial que crece y crece, por lo que deben desarrollarse métodos de producción más eficaces de bajo impacto medioambiental. En ese sentido, estos métodos suelen utilizar mayor mano de obra, y por lo tanto, permitirían aumentar el número de trabajadores a corto y mediano plazo. Además de que requerirán trabajadores con mayores competencias profesionales para lograr mejores resultados en las pequeñas producciones agrícolas.

La destrucción de los bosques erosiona los suelos y afecta la biodiversidad, además de arriesgar el empleo de hasta 64 millones de trabajadores en el mundo. En el Capítulo III. Industrias forestales, se expone que, a través de la gestión y utilización forestal sostenible, es posible crear empleos a través de la reforestación, la agrosilvicultura y la gestión forestal sostenible, que puede alcanzar hasta 2 millones de empleos formales en esta industria. Como en el caso de la agricultura, la industria forestal ofrece la oportunidad de la certificación en competencias laborales en la materia. Asimismo, el libro hace un acertado acercamiento en el que se mencionan en qué actividades se pueden crear nuevos empleos (gestión del bosque autóctono, control de la forestación, gestión de incendios, entre otros), los nuevos empleados por hectáreas, el gasto anual aproximado y el costo por empleo creado. Y toma en cuenta al turismo forestal, en el que mientras más protección jurídica se le dé a las áreas protegidas y parques nacionales en un marco de sustentabilidad, tiene efectos multiplicadores en la creación empleo de los habitantes locales.

En el Capítulo IV. Pesca, se menciona que el sector pesquero emplea a alrededor de 180 millones de personas, en el que el 95% de sus trabajadores viven en países en desarrollo, y en general, pertenece a los grupos de trabajadores con menores recursos. Por lo que, la disminución de las poblaciones de peces, derivado de la pesca excesiva, la mecanización y el cambio climático, pone en riesgo el medio de sustento de esta población. En ese sentido, el libro destaca la importancia de la reversión de prácticas insostenibles que respeten la captura máxima, aunque a corto plazo tenga consecuencias negativas en el empleo. Por eso, también propone la gestión de una estrategia integral que incluya el reemplazo de la fuente de ingresos y la actualización de las capacidades profesionales de los trabajadores. Así como la estimulación de la creación de empleo de otros sectores.

Según estimaciones del libro Hacia el desarrollo sostenible. Oportunidades de trabajo decente e inclusión social en una economía verde, en su Capítulo V. Energía, el sector energético genera empleos secundarios e ingresos casi tan altos como sus emisiones de efecto

invernadero. Sin embargo, un modelo de bajas emisiones generaría a corto plazo hasta 5 millones de empleos, principalmente en los jóvenes que buscan nuevas alternativas de autoempleo y de PyMES. Y de hecho, de acuerdo a estadísticas presentadas en el libro, la cantidad de años que una persona puede seguir activamente trabajando es mayor si se emplea en los sectores de la energía solar fotovoltaica, los gases de los basureros, la energía hidroeléctrica, energía eólica y la energía geotérmica a que si continua empleado en la producción de energía convencional.

En el Capítulo VI. Sector industrial, se sostiene que el sector industrial es la rama económica que más empleos genera en el mundo, que es de 25 millones de trabajadores. A pesar de los grandes cantidades de emisiones contaminantes, la realidad es que son las más importantes impulsoras del desarrollo, por lo que, existe el riesgo de que al ecologizarla, se pierda una gran cantidad de empleos de los trabajadores en el más bajo escalafón, que coincidentemente son más propensos a no conseguir otra fuente de empleo. Al respecto, el libro ofrece una solución que no necesariamente comprometería al mercado de trabajo, en la que el primer paso debe ser el aprovechamiento de los residuos industriales, ya sean sólidos, líquidos y gaseosos.

En ese sentido, el material para reciclaje puede contribuir al ahorro de grandes cantidades de energía, además de disminuir residuos que impactan a corto plazo a la comunidad. Según estimaciones del Capítulo VII. Reciclaje, la industria formal del reciclaje genera alrededor de 1.6 millones de trabajadores en el sector formal, y de 15 a 20 millones de personas como recolectores informales en países de desarrollo, que generalmente no tienen la capacitación ni las condiciones necesarias para recolectar los residuos, por lo que tienen graves consecuencias en su salud. En ese sentido, el libro señala que el reciclaje será una actividad realmente verde si tiene cierto grado de formalización, iniciando a través de las entidades municipales el reconocimiento de cooperativas de recolectores de residuos, así como la instrumentación de normas de seguridad e higiene en el trabajo.

En el Capítulo VIII. Construcción, se dice que los edificios son los elementos de la sociedad que más energía consumen y emisiones de gases de efecto invernadero producen, incluso más que el sector industrial. Pero paradójicamente, es el sector que tiene mayor potencial de mejorar la eficiencia energética y reducir las emisiones. Por ende, es el sector que tiene mayor posibilidad de éxito en crear empleos, debido a la renovación de edificios existentes a edificios inteligentes, y a la construcción que edificios que también representen en empleos formales temporales. Asimismo, el libro menciona que la construcción y renovación de edificios

verdes generará directamente inversión y por ende, empleo, en la producción de materiales, productos, aparatos y componentes eficientes y considerablemente menos dañinos con el medio ambiente.

Por otro lado, en el Capítulo IX. Transporte, el sector del transporte emplea alrededor de 88 millones de trabajadores en el mundo. Actualmente, el transporte está experimentando cambios energéticos, en el que el uso de combustible diesel está siendo relegado por energía con menor impacto ambiental, como lo es la energía eléctrica, la energía eólica y la energía solar. Lo que representa una oportunidad para los que se encuentran en la informalidad, ya que, si son capacitados, pueden operar este tipo de vehículos con menos emisiones ambientales.

Finalmente, a pesar de exponer las causas y efectos de la sustentabilidad comercial en el trabajo, el libro incluye el Capítulo X. Medidas políticas para asegurar el trabajo decente e inclusión social. Los cambios hacia una economía verde pueden otorgar importantes beneficios a los trabajadores, al medio ambiente y a la economía en toda su extensión, siempre y cuando exista voluntad política para crear medidas basadas en mecanismos de mercado, como los impuestos ambientales y los sistemas de comercio de emisiones aplicados a cada sector. Así como gestionar facilidades normativas de inversión para los emprendimientos con bajas emisiones medioambientales.

Finalmente, como conclusión, el libro *Hacia el desarrollo sostenible. Oportunidades de trabajo decente e inclusión social en una economía verde*, expone que una economía más verde no crea de manera automática empleos decentes ni de alta calidad. Por lo que ésta deberá ser supervisada y deben adoptarse medidas para garantizar que la legislación laboral sea aplicada y que los trabajadores y los empleadores puedan organizarse y hacer uso de la negociación colectiva.

Paulina Galicia*

*Becaria del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Los sindicatos en la encrucijada del Siglo XXI, por Inés González Nicolás

Una reseña

Los sindicatos en la encrucijada del Siglo XXI, reúne los trabajos de expertos e investigadores en materia de relaciones laborales, coordinado por la Mtra. Inés González Nicolás, quien también tiene bajo su responsabilidad el programa Dialogo Sindical y de Género de la Friedrich Ebert Stiftung en México.

El libro contiene cuatro artículos de: María Xelhuantzi López, Doctora en Ciencia Política; Arturo Alcalde Justiniani, Licenciado en Derecho y especialista en derechos sindicales; Laurence Pantin, Doctora en Ciencias Sociales y especialista en Ciencia Política, y de Vicente Villamar Calderón, Licenciado en Relaciones Internacionales. Corriendo la presentación y conclusiones a cargo de la Mtra. Inés González.

En la Presentación, Inés González detalla el contenido del libro a la luz de las condiciones en las que se encuentra el movimiento sindical en nuestros días y los cambios más significativos en los que se ha visto envuelto a nivel nacional e internacional.

El primer artículo intitulado El sindicalismo mexicano contemporáneo, escrito por María Xelhuantzi López, se enfoca en analizar la evolución histórica del sindicalismo mexicano para tratar de comprender la situación por la que atraviesa hoy en día. Su artículo analiza el sindicalismo en México no como un fenómeno aislado, sino interrelacionado con un conjunto de procesos económicos, sociales y políticos bastante amplios.

Para entender el sindicalismo mexicano la autora señala los factores estructurales del sindicalismo, para comprender su desarrollo, funcionamiento y operación en el modelo laboral.

En México, según la autora, los modelos sindicalistas diseñados desde el poder han gozado de protección tanto del gobierno como de los patrones, que también ha correspondido el diseño de instituciones estratégicas,

como la Inspección en el Trabajo, de manera conjunta con la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) han permitido el control y la política laboral de las corporaciones sindicales

Destaca la autora que en los años setenta aparece una “insurgencia sindical” que marcaría cambios reales en el modelo sindical autónomo y democrático.

La autora señala a manera de conclusión la tipología básica del sindicalismo mexicano desde la postura: jurídica y la política. La jurídica con el reconocimiento del sindicalismo gremial, de empresa, industrial, nacional de industria y de oficios varios señalados en la Ley Federal del Trabajo (LFT). La política más compleja, se basa en categorías derivadas del control sindical, la autonomía y la democracia. En ese sentido, dentro de la tipología política destaca el sindicalismo corporativo, el neo-corporativo y, el autonomista y democrático.

Arturo Alcalde, en su artículo intitulado Balance sindical del gobierno de transición: promesas incumplidas, realiza un análisis del movimiento sindical en el periodo sexenal del Presidente Vicente Fox.

El artículo comienza con un resumen de las promesas de campaña que para el periodo de elecciones del 2000, estableció el entonces candidato por Acción Nacional Vicente Fox, con sectores sindicales opositores al gobierno, buscando el llamado voto útil, para lograr así la presidencia del Estado mexicano.

Con el avance del sexenio, se excluyó en la agenda a los sindicatos de los derechos humanos en materia laboral.

Enseguida el autor hace un resumen del contenido de la reforma a la Ley Federal del Trabajo, llamada Reforma Abascal, la cual en su momento recibió un gran impulso del gobierno y del sector empresarial. Siendo presentada como una reforma innovadora para la promoción de empleo y para responder a los retos de la globalización. Reforma que según el autor estuvo muy cerca de aprobarse por el poder legislativo.

El autor señala como la Reforma Abascal, dejó de lado los compromisos que entonces candidato presidencial Vicente Fox, firmo con varios sindicatos denominados independiente. Retomando los paradigmas tradicionales de las instituciones sindicales, entre ellas la injerencia sindical y la falta de respeto a la autonomía y a la democracia sindical.

Los retos y perspectivas del sindicalismo mexicano deberán abordarse con un proyecto alternativo de nación, señala el autor, sin importar quien lo enarbole. En donde se plantee una concepción del sindicalismo que rompa con la intervención y control sindical, que han hecho difícil el avance por el camino de la autonomía y democracia.

El tercer artículo del libro intitulado ¿Representación o control?, Una

comparación de las prácticas sindicales en las empresas extranjeras exportadoras en México y China, escrito por la Dra. Laurence Pantin, realiza un estudio comparativo en donde ambos prevalece la lucha por parte de los trabajadores de contar con una representación real.

A pesar de las diferencias económicas y políticas entre China y México, estos países comparten prácticas sindicales tan similares. En el plano de lo laboral, siguen teniendo un sistema de regulación de los derechos colectivos paternalista-represor.

En ambos países la elusión de la legislación laboral se ha vuelto una regla en las empresas extranjeras. En donde de acuerdo a sus necesidades y condiciones se aplica el control a la fuerza de trabajo, contando inclusive con modalidades para hacerlo, como la simulación sindical o la ausencia de sindicalización, o bien, la presencia de sindicatos pasivos que no representan al trabajador. No obstante, en ambos países, también existen excepciones, ya que existen intentos para fomentar una representación real de la fuerza de trabajo.

El cuarto artículo, de Villamar Calderón, Pasado y Presente del sindicalismo internacional, se refiere a la internacionalización de los derechos sindicales frente a la globalización neoliberal.

El autor estudia los derechos sindicales desde un enfoque global. De esta manera se refiere a las primeras luchas obreras frente al capitalismo hasta el actual reajuste estructural y su dinámica globalizadora.

El autor en su artículo señala la dimensión histórica del sindicalismo y su vinculación con la globalización neoliberal, que considera la causante de la crisis sindical. El autor también relata las expectativas latinoamericanas de crear una nueva organización internacional para atender el desafío de la globalización, así como los retos a los que se enfrentará el sindicalismo ante las reformas en materia laboral.

El autor en su desarrollo plantea el análisis de la participación del sindicalismo mexicano, con la Huelga de Río Blanco y Cananea, desde el inicio del movimiento sindical internacional.

De manera general, el libro en comento presenta un panorama del movimiento sindical nacional e internacional frente a la globalización y las nuevas condiciones de trabajo. Los desafíos que enfrentan el movimiento sindical frente a la nueva organización política y económica internacional, en un contexto de crisis y de debilidad sindical, serán sin duda, uno de los grandes temas del siglo XXI.

Adela Noemi Monroy Enriquez *

* Asistente de Investigación del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

El derecho a la salud: una propuesta para México, por Miguel Carbonell

Una reseña

Cuando se pueden reducir enfermedades con la ciencia incrementa la productividad de los trabajadores y la de un país, afirmación – parafraseando – hecha por Nora Lustig citada por José y Miguel Carbonell en “El derecho a la salud: un propuesta para México” quienes así enmarcan su enfoque inicial como incentivo para comprender desde un visión instrumental el derecho a la salud en la obra citada, materia de la presente reseña.

Derecho social tratado desde un planteamiento constitucional pero sin dejar de analizar – la mayor parte de la obra – el enfoque programático de dicho derecho a la salud. En su primer y segundo capítulo sitúan el derecho a la salud como fundamental, establecido en la Constitución y en tratados internacionales; en el tercer capítulo comparan la situación de México con respecto a otros países miembros de la OCDE (en salud); en su capítulo cuarto, quinto y sexto se toca el óbice mediante tres factores evidentes de desigualdad: 1) la fragmentación del Sistema Nacional de Salud, 2) el gasto público en el sector y 3) la desigualdad territorial. En su último capítulo – séptimo – se obvia la conclusión que como cascada de lo planteado anuda la agenda de pendientes en la materia para la construcción de un verdadero sistema de salud.

La salud como derecho fundamental. El libro señala los artículos de la Constitución Política Mexicana en que se garantiza el referido derecho a la salud, a saber: artículo 4º párrafo cuarto (protección a la salud); artículo 2º apartado B (obligaciones de las autoridades en los tres niveles de gobierno); artículo 73 fracción XVI (materia concurrente entre los niveles de gobierno). Así como otros ordenamientos nacionales, entre los que destacan los códigos penales de la República (sobre el delito de auxilio); la Ley General de Salud, la cual es señalada por los autores como la

realizadora del mandato del artículo 4º constitucional en materia de salud, sin dejar de hacer críticas como la de señalarla, a la Ley General de Salud, como una legislación que no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles a los poderes públicos.

También es señalado, en la obra en comento, el criterio emitido por la Corte sobre el derecho a la protección de la salud y otros casos relevantes del poder judicial al respecto. De igual manera es tema de referencia la Comisión Nacional de Derechos Humanos quien ha realizado diversos pronunciamientos sobre las violaciones al derecho en cuestión y en que el IMSS, en 2002, era la segunda institución con más quejas generadas y el ISSSTE la sexta.

Por lo que hace al derecho internacional la referencia es igualmente basta, aunque – como toda la obra – muy bien sintetizada. Es de destacarse la protección del derecho a la salud en el artículo 25 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artículo 12; el mejor conocido como Protocolo de San Salvador de 1969 en su artículo 10.

Destacable igualmente es la mención a las observaciones generales (OG), que entre otras muchas pautas, documentadas en el libro, se establece la referente con respecto a la higiene del trabajo y medio ambiente, en que se sugiere la adopción de medidas en lo que respecta a los accidentes y enfermedades profesionales.

Las características sine qua non o requisitos mínimos para hacer una realidad vívida el derecho a la salud, señalan los autores, son las siguientes: la universalidad (a toda persona, que recoge el artículo 4to mencionado), la equidad (establecida en el artículo 25 de la Constitución sobre la redistribución del ingreso o el 2.2 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el 1º Constitucional respecto a la prohibición de discriminar); y la calidad (elemento que ligan los autores como base para alcanzar un estándar de igualdad).

México frente a otros miembros de la OCDE. Los autores abordan por medio de una compilación de cuadros extraídos de la OCDE 2 rubros:

- a) Los indicadores de salud. Los cuales analizan el bajo peso de los recién nacidos, la mortalidad infantil, la obesidad entre adultos, la prevalencia de diabetes mellitus en adultos y la esperanza de vida a los 65 años. Y
- b) Las condiciones de los sistemas de salud. Entre los que incluye el gasto total en salud; el gasto en salud por tipo de financiamiento; el gasto farmacéutico; el gasto farmacéutico por tipo de financiamiento; el número de camas de hospital por cada 1000 habitantes; el número de médicos por

cada 1000 habitantes; el número de consultas anuales médicas per cápita; el número de enfermeros por cada 1000 habitantes; y, años potenciales de vida perdidos.

Cuestiones anteriores comparadas en relación a los países miembros de la OCDE y que tristemente, como lo demuestran las gráficas aportadas por los autores, México siempre figura con las cifras más alarmantes en los rubros mencionados en relación con los demás países.

La desigualdad en la salud. La desigualdad en el acceso a los sistemas de salud es planteada por los autores, a raíz de tres problemas:

a) La fragmentación del sistema nacional de salud. Coexisten diversos tipos de servicios y calidad, con diferentes fuentes de financiamiento que termina produciendo ineficacia e inequidad.

b) El gasto público en salud. Históricamente – afirman los autores – el gasto público en salud ha estado concentrado en la población afiliada a la seguridad social (IMSS, ISSSTE, ISSFAM o PEMEX). Caso contrario con la población no asegurada que tiene que acudir a las instalaciones dependientes de la Secretaría de Salud federal o de los servicios de salud locales. Lo anterior se afirma por medio de cifras y gráficas que lo acreditan.

c) La desigualdad territorial. Evidenciando la clara discrepancia en el acceso y protección de la salud en razón del territorio. Igualmente valorado en gráficas, se llegan a inducciones (muy alarmantes) tales como que la disparidad entre la entidad con mayor gasto per cápita y la de menor gasto es de más de cuatro veces; o que la posibilidad de morir, de un niño, a causa de enfermedades de tipo diarreico, que viva en Chiapas, son mucho más elevadas que su par zacatecano en 51 veces más; o tal afirmación: que en la población urbana existe un consultorio médico por poco más de 6600 beneficiarios mientras que en el campo hay uno por cada 1500

Ante el innegable campo planteado y robustecido por las cifras oficiales, los autores no hacen sino atar los cabos que han derrapado en el tratamiento temático para generar una propuesta, que en términos concretos se resume en los siguientes puntos:

- Unir todas las instituciones que prestan el servicios de salud, y remodelar de forma integral todo el sistema sanitario, con el objeto de alcanzar una cobertura universal;

- Poner fin a las desigualdades que genera el actual esquema – tanto en términos territoriales como de distribución de recursos y equidad –.

El talento característico conocido, de uno de los autores, para reunir los instrumentos normativos al respecto no es la excepción en la obra en reseña sin olvidar la síntesis narrativa para abordar la peculiaridad del

tema, que sin duda logra dibujar el paisaje de retos a partir del análisis de donde nos encontramos, con la objetividad de datos duros y de la necesidad presupuestaria, tan importantes para un derecho que, como el derecho a la vivienda, es programático.

La salud no solo es el sistema de salud sino que está inscrita en el concierto de derechos fundamentales y que por tal depende para su eficacia de la vigencia de otros derechos, como el de la alimentación, y así conjugar la característica intrínseca de todo derecho humano: la interdependencia. Pero claro, eso deberá ser materia de diverso análisis.

La obra reseñada, en mi opinión, se suma – por el simple tratamiento temático y actual – a la tendencia vigente del constitucionalismo social sobre el tema y que frente a nuevos paradigmas se hará presente la bibliografía que, como ésta, en el fondo apuntalan la deuda constitucional e histórica con miles y miles de mexicanos.

José Alfonso Aparicio Velázquez*

* Becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo,



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo