

Lineamientos para un Modelo de Código de Trabajo para América Latina y el Caribe

**Confederación Sindical de trabajadores y trabajadoras de las Américas – CSA
2023**



Secretariado de la CSA

Fred Redmond
Presidente

Francisca Jiménez
Presidenta Adjunta

Toni Moore
Presidenta Adjunta

Rafael Freire Neto
Secretario General

Cícero Pereira da Silva
Secretario de Formación y Educación Sindical

Jordania Ureña Lora
Secretaria de Políticas Sociales

Kaira Reece
Secretaria de Desarrollo Sustentable

PRESENTACIÓN

La **Confederación Sindical de trabajadoras y trabajadores de las Américas (CSA)**, organización que afilia a 49 organizaciones sindicales nacionales de 22 países y que representan a más de 55 millones de trabajadoras y trabajadores en la región, desde su fundación en abril de 2008 ha mantenido como su prioridad central la defensa de la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga como el corazón de la acción y vida de los sindicatos. A partir de ahí venimos acompañando y fortaleciendo la defensa del conjunto de los derechos individuales y colectivos de la diversidad de la clase trabajadora.

Siendo América Latina y el Caribe una de las regiones del mundo donde más se desconocen las libertades sindicales y de mayor violencia respecto de la acción de los sindicalistas, sabemos que no basta con tener el reconocimiento formal de los derechos en constituciones, leyes o códigos de trabajo. Hay una realidad concreta de la economía, la política, las relaciones sociales e ideológicas que conspiran contra los sindicatos y que contribuyen a una cultura antisindical y rechazo a la acción colectiva de los/as trabajadores/as.

Desde la CSA esta comprensión ha estado presente siempre y por eso mantenemos la defensa de la libertad sindical como prioridad estratégica y a partir de allí hemos desarrollado múltiples iniciativas y acciones. Una de ellas ha sido la constitución y funcionamiento del Equipo Jurídico Sindical, que ha permitido fortalecer la acción de los sindicatos en la OIT y otros escenarios como la Comisión y Corte Interamericana de DDHH, así como acompañar la acción en los países para enfrentar los ataques a los derechos sindicales.

También reconocemos que el mundo del trabajo ha cambiado y que las transformaciones económicas y tecnológicas han alterado la realidad para el ejercicio y acción de los derechos de las/os trabajadoras/es. Igualmente, estas realidades han disminuido la capacidad de los sindicatos para afiliar y representar a la diversidad de la clase trabajadora de este tiempo.

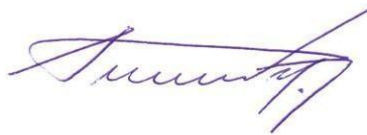
Por estas razones desde la CSA y como parte del contenido de la **Hoja de Ruta para el Fortalecimiento y Transformación Sindical**, hemos impulsado estos “**Lineamientos para un modelo de Código de Trabajo de la Región**”, conscientes de la necesidad de construir un referente sobre los derechos, principios y marco general para impulsar un debate regional que ayude a los sindicatos a disputar el relato y contenidos de las iniciativas de reforma o revisión de los códigos y leyes laborales que se presentan en la mayoría de los países.

Construido de forma participativa y colaborativa entre especialistas y dirigentes sindicales de las centrales afiliadas y fraternas, de los Sindicatos Globales, así como de las/os integrantes del Equipo Jurídico Sindical, “**Los Lineamientos**” serán una de las iniciativas, junto con la Plataforma de Desarrollo de las Américas (PLADA) y otros instrumentos elaborados por la CSA, para presentar a los gobiernos de la región para colocar el trabajo decente, la generación de empleo, la protección social y la garantía de los derechos laborales como

componentes centrales de las políticas necesarias a ser adoptadas para superar las múltiples crisis que afectan las condiciones de vida de millones de trabajadoras y trabajadores de América Latina y el Caribe.

Con esta iniciativa regional la CSA aspira a fortalecer el papel de los sindicatos como actores de la democracia en un contexto de cambios, en diálogo político con los gobiernos de la región y con las instituciones que en la región se comprometan al reconocimiento de un verdadero diálogo social con el papel protagónico de los sindicatos.

Fraternalmente,



Rafael Freire Neto

Secretario General

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. Breve caracterización del derecho laboral latinoamericano
2. Una propuesta alternativa para dar respuesta a los desafíos de la reforma laboral en la región
3. Propuesta inicial de estructura temática del “modelo” o “plataforma laboral”
4. Principio protector como base de cualquier reforma laboral
5. Actualidad del principio de no discriminación

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

- 1. Relación de trabajo/contrato de trabajo**
 - El trabajo en las cadenas globales de producción
 - El trabajo y las nuevas tecnologías. El teletrabajo como contrato especial
 - La presunción de laboralidad y el principio de primacía de la realidad
 - Terminación de la relación de trabajo
 - Propuesta
- 2. Salario. Protección, salario mínimo y métodos de fijación**
 - Concepto
 - Protección del salario
 - Principio de igualdad y no discriminación
 - Métodos de fijación de los salarios mínimos
 - Propuesta
- 3. Jornada de trabajo y ordenación del tiempo de trabajo**
 - Concepto de tiempo de trabajo y su limitación efectiva
 - Ordenación de la duración del trabajo
 - Propuesta
- 4. Derecho a un entorno seguro y saludable de trabajo**
 - La salud y seguridad en el trabajo, Derecho Fundamental
 - Tiempo de trabajo
 - Salud mental y trabajo
 - Tercerización y subcontratación
 - Informalidad
 - La salud y seguridad en el trabajo y las nuevas tecnologías
 - Información y reporte de accidentes y enfermedades
 - Propuesta
- 5. Inspección del trabajo**
 - Ámbito de aplicación y funciones del sistema de Inspección del Trabajo

- Estructura y organización
- Situación Jurídica y carrera funcional de los inspectores del trabajo
- Capacitación
- Facultades y medidas de control de cumplimiento de la normativa laboral
- Propuesta

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

1. Libertad sindical

- Concepto y significación de la libertad sindical
- Contenido de la libertad sindical
- Libertad sindical individual
- Libertad sindical colectiva
- La libertad sindical como parte de los Derechos Humanos
- La libertad sindical en los Convenios Internacionales del Trabajo, bases de unos lineamientos para la región
- Propuesta

2. Derecho de huelga

- Reconocimiento de la huelga como Derecho Fundamental sin intervención del Estado en el proceso de adopción de decisiones
- Concepto amplio de huelga comprensivo de los distintos fines y modalidades de ejercicio del derecho
- Clasificación de los tipos de huelga
- Propuesta

3. Derecho a la negociación colectiva

- La negociación colectiva, como parte del derecho a la libertad sindical, es un Derecho Fundamental de las organizaciones sindicales
- Concepto y componentes del derecho a la negociación colectiva
- Autonomía colectiva
- Contenido
- Derecho de información
- Promoción de la negociación colectiva y limitación de los convenios a la baja
- Niveles y articulación de la negociación
- Propuesta

INTRODUCCIÓN

1. Breve caracterización del derecho laboral latinoamericano

El derecho del trabajo latinoamericano ha contribuido muy eficazmente a la evolución de la protección social y laboral a nivel internacional desde principios del siglo pasado, coadyuvando a la creación de una rama autónoma del derecho que diera perfecta cuenta de la desigualdad de los vínculos laborales de dependencia que se establecen en el capitalismo y la necesidad de instrumentar mecanismos que eviten que el trabajo sea considerado una mercancía, como dice de manera célebre la Declaración de Filadelfia de 1944.

El aporte más significativo del derecho latinoamericano fue sin dudas el reconocimiento y recepción de los derechos laborales en el elenco de derechos constitucionalmente reconocidos, por obra del art. 123° de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917. Como es sabido, hasta ese momento los derechos constitucionalmente garantizados eran únicamente los considerados como “civiles y políticos”, o sea, la libertad de expresión del pensamiento, la libertad de cultos, de prensa, el derecho de propiedad, etc, casi todos ellos emergentes de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII.

La Constitución mexicana dio el paso fundamental de elevar el derecho del trabajo al núcleo de derechos constitucionales, dejando en evidencia por lo tanto que el “contrato de trabajo” no era meramente un acuerdo de intercambio de trabajo por salario, sino que ponía en juego derechos esenciales de la persona.

La originalidad de la Constitución mexicana fue seguida luego por constituciones europeas, como la alemana de Weimar de 1919 y otras latinoamericanas, dando lugar a un desarrollo que continúa hasta hoy y que ubica al derecho del trabajo en el marco del llamado “bloque de constitucionalidad de los Derechos Humanos”, figura que ha sido reconocida por pronunciamientos judiciales de los tribunales superiores de casi todos los países.

Pero los aportes latinoamericanos no se limitan a esta de por sí significativa circunstancia histórica.

Algunos estudios¹ han evidenciado la incidencia que la “ideología jurídica” latinoamericana tuvo en el momento fundacional mismo de la Organización Internacional del Trabajo, en la medida que Samuel Gompers, sindicalista norteamericano presidente de la comisión encargada de redactar el cap. XIII del Tratado de Versalles, que prevé la creación del organismo, conocía muy bien la realidad mexicana, lo cual explica la “correspondencia” existente entre la Constitución mexicana y las disposiciones del tratado en materia laboral. La influencia latinoamericana también ha sido destacada respecto de la Recomendación núm. 198, que contiene dos principios que son propios del derecho de la región: la primacía de la realidad y la presunción de la existencia de la relación de trabajo.

¹ Villasmil Prieto. H (2011). “La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del derecho del trabajo latinoamericano: unas notas introductorias”, doc. de trabajo núm. 33, Oficina Internacional del Trabajo

En el curso del tiempo la legislación latinoamericana, desplegada en la mayor parte de los países en códigos laborales o leyes generales del trabajo, proceso que se desató a partir de la Ley Federal del Trabajo de México y el Código de Trabajo de Chile de 1931 y luego tendió a generalizarse, se estructuró un tanto ambiguamente, puesto que se trató de **una legislación protectora del trabajador individualmente considerado pero que a su vez se presentaba como fuertemente limitativa de la acción colectiva.**

En este último aspecto, ha primado el interés por controlar y disciplinar las organizaciones sindicales más que el diseño de potenciarlas y asegurar su autonomía en orden a la finalidad del cumplimiento efectivo de la defensa del interés de los trabajadores.

Por otra parte, en el último cuarto del siglo pasado el fenómeno de la flexibilidad laboral afectó la estructura del modelo tradicional de contrato, introduciendo la contratación a plazo, el trabajo deslocalizado, la desregulación del tiempo de trabajo, la tercerización de servicios, y en el caso más extremo, el trabajo (seudo) autónomo, casi siempre empleado como mecanismo de simulación para obviar el cumplimiento de la regulación del trabajo.

El resultado de estos procesos es la existencia de un modelo signado por:

- Un fuerte **intervencionismo del Estado** en las relaciones individuales de trabajo mediante una legislación de carácter protector, característica algo menguada según quedó dicho por la flexibilidad laboral actuante desde las últimas dos décadas del siglo pasado;
- Una **finalidad limitativa o controladora de la acción de las organizaciones de trabajadores**, puesto que la legislación laboral de la región se caracteriza por la restricción y no por la promoción o soporte de la actividad sindical, así como ocurre con el derecho de huelga y de negociación colectiva, que son también limitados en su ejercicio a través de leyes contrarias a los convenios internacionales sobre libertad sindical;
- En lo que precisamente tiene que ver con la organización sindical y la negociación colectiva, *“en los países latinoamericanos predominan las estructuras descentralizadas” cuya legislación “impone o induce fuertemente el sindicato de empresa y la negociación colectiva por empresa. Se trata de una imposición legal totalmente funcional a la contención de lo colectivo. En países de economías subdesarrolladas, de predominio casi absoluto de las pequeñas empresas, se impone el sindicato de empresa y la negociación colectiva del mismo nivel”* lo que *“equivale a garantizar la debilidad y la atomización del sindicato y la negociación”*²;
- El derecho del trabajo latinoamericano mantiene una profunda **brecha entre la norma y la realidad**, que se expresa en la alta tasa de trabajo en condiciones de informalidad y el incumplimiento de las obligaciones del empleador y hasta de las sentencias judiciales en favor del/a trabajador/a en ciertos países de la región;
- Finalmente, hemos hecho referencia ya a la flexibilidad y desregulación, que han debilitado los mecanismos jurídicos de protección laboral tradicional recurriendo, por ejemplo, a los llamados “contrato basura”, a la exoneración de responsabilidad del empleador principal en los procesos de tercerización y de suministro de mano de obra, y

² Ermida Uriarte. O. (2006). *“Caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa”*, en revista Derecho Social Latinoamérica, núm.1. ed Bomarzo

más recientemente, al agravamiento de la precariedad mediante la consideración de pseudo autonomía en los trabajos de la economía de plataformas, tanto el realizado en línea como el geolocalizado.

Los embates del reformismo legislativo neoliberal, de tipo desregulador, que sustituye la norma protectora laboral por la fijación “contractual” de las condiciones en que se presta el trabajo mediante el “libre acuerdo” (totalmente falaz en una relación desigual) entre el trabajador individualmente considerado y el empleador, no ha cesado, dejando al trabajador/a al albur de la disparidad de recursos para negociar efectivamente esas condiciones.

En muchos casos, los propulsores de estas transformaciones aducen que son las nuevas tecnologías las que imponen los cambios y demandan mayor “libertad” a las partes para establecer las condiciones laborales, lo cual es contrario al sentido del derecho laboral, que tiene como fin justamente corregir las inequidades o desequilibrios que social y económicamente se generan y no consolidar disparidades.

Esa desigualdad se acentúa con las dificultades que la misma legislación coloca a los trabajadores para organizarse sindicalmente, para negociar en el nivel de actividad que mejor le convenga y para ejercer el derecho de huelga.

2. Una propuesta alternativa para dar respuesta a los desafíos de la reforma laboral en la región

La **CSA** considera necesario dar respuestas pertinentes a los procesos de reforma, o inclusive tomar iniciativas a ese respecto, con base en algunos lineamientos generales que aseguren la aplicación de los principios y derechos fundamentales de los trabajadores/as en la legislación y en la práctica de las relaciones laborales, de tal modo que dichos **lineamientos configuren una especie de “modelo” o “plataforma laboral” para toda la región**, de carácter común, dado el también carácter común que tienen los problemas padecidos.

En este sentido, la **CSA** ha fijado como uno de sus objetivos más relevantes *“avanzar en la definición de una propuesta de marco normativo que aborde aspectos claves de las relaciones individuales y colectivas para responder a las necesidades de la clase trabajadora de nuestro tiempo, que sirvan de referencia para la acción sociopolítica del sindicalismo de las reformas laborales que se proyecten en la región”*.

Para cumplir con ese objetivo el presente documento constituye un avance que se propone plantear una serie de **lineamientos en aspectos que se identifican como claves** para desatar un proceso de cambio del derecho del trabajo de la región que actualice los mecanismos de protección laboral y a la vez, lo haga efectivos.

Los lineamientos presentan varios niveles de proposición:

- a) Identifican las normas fundamentales de derechos humanos laborales en que deben basarse los códigos laborales de la región;
- b) Señalan los problemas básicos que deben ser abordados en cualquier proceso de reforma laboral que tenga como centro la protección de las personas que trabajan; y
- c) En algunos casos, proponen iniciativas normativas más puntuales o específicas que se estiman indispensables.

3. Propuesta inicial de estructura temática del “modelo” o “plataforma laboral”

La elaboración de un proyecto de esta envergadura - o sea, el establecimiento de lineamientos para un marco normativo general, actualizado y modélico de los derechos y garantías de los/as trabajadores/as - requiere en primer lugar identificar **unos ejes temáticos que representen los elementos esenciales de ese modelo de código o plataforma laboral.**

Precisar esos ejes temáticos no es tarea sencilla dado que requiere una cierta capacidad de abstracción para concentrarse en los temas fundamentales.

El reciente trabajo que para CSA realizara Carlos Ruiz Ferreira sobre “*una clasificación de las acciones sindicales a partir de la realidad y los intereses de las organizaciones sindicales de las Américas*” identifica justamente una serie de áreas claves de la acción sindical, muchas de las cuales tienen relación y pueden servir de insumo para la elección de los ejes temáticos del modelo de código o plataforma laboral.

Entre otros recursos, toma en cuenta la “lista de los instrumentos por temas y estatus”, elaborado por el Sistema de Información sobre las Normas Internacionales del Trabajo – de la OIT (NORMLEX 2022).

No obstante, en este caso se opta por ocho ejes temáticos que se consideran esenciales de regular en clave de derechos para oponer como aportes y alternativas ante cualquier proceso de reforma laboral operante en la región, de modo de **contribuir a actualizar la legislación latinoamericana desde el punto de vista de los derechos y garantías de los trabajadores.**

La determinación de estos núcleos temáticos se efectuó mediante una serie de consultas a miembros del Equipo Jurídico Sindical de la CSA con el objetivo de integrar un conjunto de problemas que resultaran comunes en los respectivos sistemas de relaciones laborales.

En definitiva, se optó en esta etapa por ocho temas, que ciertamente no agotan lo que podría ser el índice de capítulos de un código de trabajo, pero que representan los elementos comunes y más urgentes a considerar:

- *Relación de trabajo;*
- *Determinación y protección del Salario;*
- *Limitación del tiempo de trabajo;*
- *Libertad sindical;*
- *Negociación colectiva y convenios colectivos;*
- *Derecho de huelga;*
- *Entorno seguro y saludable de trabajo (incluyendo acoso y violencia);*
- *Inspección del trabajo*

Los presentes lineamientos para un modelo de código o plataforma laboral en la región latinoamericana dejan para una segunda etapa un trabajo similar para la cultura jurídica de los países del norte de América y el Caribe de habla inglesa.

La estructura se articula en dos áreas, siguiendo la tradicional división de los códigos laborales entre “derecho individual” y “derecho colectivo”, desglosándose, al interior, en 5 y 3 capítulos respectivamente.

4. Principio Protector como base de cualquier reforma laboral

La legislación latinoamericana se estructuró con base en el principio protector del/a trabajador/a en atención a la desigualdad material existente entre quien compromete su esfuerzo y energía física y mental y quien se limita a retribuir por esa puesta a disposición. El reconocimiento de la necesidad de proteger especialmente al “factor” trabajo de la relación laboral tuvo también consagración constitucional en la mayoría de los países de la región, con distintas formulaciones.

Nada indica que haya variado en lo sustancial esta ecuación de dependencia económica y subordinación laboral, como pretenden los profetas de la “modernización” de las relaciones laborales, encandilados por las nuevas formas de trabajar en la economía de plataformas.

En consecuencia, es vital que cualquier reforma laboral sostenga al principio protector como eje central de los cambios, de las políticas laborales y de la práctica jurídica, junto a otros principios que lo complementan como son el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, la primacía de la realidad y la continuidad de los vínculos de trabajo.

5. Actualidad del Principio de no discriminación

Los lineamientos para un modelo de código tendrán en cuenta la perspectiva de los colectivos de personas trabajadoras que son discriminadas en el empleo y la ocupación, como el caso de las mujeres y las comunidades marginadas, según ocurre en la región con los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las minorías étnicas, y las personas con discapacidad, que viven con el VIH y las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans, intersexuales y *queers* (LGBTIQ+) y formas recientes de discriminación, como las que se puedan generar en torno a la aplicación de la tecnología al trabajo.

La no discriminación y la promoción de la igualdad deberán ser principios transversales a todo el modelo de código, en línea con lo establecido en la Opinión Consultiva 27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DERECHO INDIVIDUAL DE TRABAJO

1

Relación de trabajo/contrato de trabajo

La determinación de la existencia de una relación de trabajo siempre ha sido una cuestión central para la protección laboral y social puesto que el reconocimiento de dicho vínculo hace que la persona que trabaja quede incluida automáticamente en el ámbito de la ley tutelar de la parte más débil del contrato de trabajo.

En razón de ese propósito protector y de la característica propia del trabajo por cuenta ajena, entendido como un hecho social, la legislación latinoamericana ha recurrido al principio de primacía de la realidad material para desvelar los ocultamientos que se ha pretendido operar sobre las relaciones de dependencia bajo el manto de “arrendamiento de servicios” u otras formas de contratación civil.

Asimismo, y como modo de atender prevalentemente la realidad por sobre las formalidades, los códigos y leyes de contrato de trabajo han previsto definiciones sobre “relación de trabajo”, que permiten ampliar el rango de modalidades laborales a ser alcanzadas por el derecho del trabajo.

En este sentido es ejemplar la definición del art. 20 de la Ley Federal del Trabajo de México, que establece que *“Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario. **La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos**”* (destacado nuestro).

Este y otros antecedentes de nuestra legislación latinoamericana no han impedido que surjan dudas sobre el alcance de la legislación laboral a ciertas formas de trabajar a partir de los cambios acaecidos en la organización del trabajo y la producción.

Las nuevas formas de organización de la producción promovidas desde al menos el último cuarto del siglo pasado han desdibujado un tanto la relación típica de trabajo, que ha sido sustento de la aplicación de la protección del trabajo desde el inicio mismo de la codificación laboral.

Según este modelo tradicional de contrato de trabajo:

- a) la persona trabajadora se coloca a la orden del empleador en un marco de *subordinación jurídica, o sea, bajo su dirección y supervisión*;
- b) *labora* en el local de la empresa;
- c) por un horario determinado y limitado;
- d) por un salario fijo; y
- e) realiza su labor en beneficio del empleador, que se apropia del resultado del trabajo.

Pero en el caso de la *subcontratación y las agencias suministradoras de empleo temporal*, esa estructura contractual ha sufrido alteraciones sustantivas, por la aparición justamente de estas figuras de una empresa “*tercera*” que intermedia en el vínculo binario empleador/trabajador y se beneficia del trabajo dependiente, el cual contrata directamente para ofrecerlo a la llamada “*empresa principal*” o “*empresa usuaria*”.

Esta empresa principal que utiliza subcontratos, o empresa usuaria que emplea trabajo a través de suministradoras de servicios temporales, se sitúa al margen de la relación laboral, por lo cual queda eximida de toda responsabilidad por los eventuales créditos laborales y obligaciones previsionales.

Estas llamadas por la OIT “*relaciones triangulares de trabajo*” demandaron que, aún sin reconocer la existencia de una relación laboral con la empresa principal o usuaria, muchas legislaciones y pronunciamientos judiciales **extendieran la responsabilidad (solidaria o subsidiaria) de dichas empresas respecto de los créditos laborales que se hubieren generado en la relación laboral entre trabajador/a y empresa subcontratada o suministradora.**

Con este mecanismo de extensión de la responsabilidad a las empresas que se benefician del trabajo dependiente, se combatía con mejor eficacia la simulación y el encubrimiento de la realidad material de los vínculos laborales, ya que en muchos casos la subcontratación y el suministro de mano de obra no eran otra cosa que “velos” tras los que se ocultaban relaciones de dependencia laboral entre la persona trabajadora y la empresa principal o usuaria.

El trabajo en las Cadenas Globales de Producción

En la actual organización de la producción a escala mundial, las llamadas por la OIT “*cadenas mundiales de suministro*” son definidas por el organismo como “*toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios*”. Esta definición incluye: a) las operaciones de inversión extranjera directa (IED) efectuadas por las empresas multinacionales en filiales que les pertenecen en su totalidad; b) la participación en “*empresas mixtas*” en las que la multinacional tiene la responsabilidad directa de la relación de trabajo; y c) el abastecimiento con empresas locales a través de acuerdos contractuales que suscriben con proveedores y empresas subcontratadas para el suministro de bienes, insumos y servicios específicos³.

³ OIT. (2016) El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Informe IV a la 105ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, pár. 5-6

Para la CSA, *“El sistema capitalista construyó una arquitectura alrededor de las empresas transnacionales para garantizarles instrumentos, instituciones y mecanismos que aseguren su poder. Esta arquitectura de la impunidad permite a las empresas transnacionales organizar la producción global a través de Cadenas Globales de Producción (CGP). Las CGP permiten a las empresas transnacionales deslocalizar y tercerizar etapas y eslabones de la producción en otras empresas y en otras regiones del mundo definidas por los bajos estándares de protección laboral o medioambiental. Un sinnúmero de factores otorga a las empresas transnacionales este poder y su consecuente impunidad. Un factor fundamental se relaciona con las formas en que no tributan estas empresas y el abuso que hacen de los vacíos legales para evadir sus responsabilidades fiscales. La evasión y la elusión fiscales por parte de empresas transnacionales tienen un impacto brutal en los presupuestos de los países”.*

Las consecuencias que este modelo tiene para la efectividad de los derechos de las personas que trabajan es en general negativo.

Dice al respecto la CSA que *“Este modelo de producción organizado en CGP fragmenta, diluye y esconde la responsabilidad por el bienestar y el respeto de los derechos de las trabajadoras y los trabajadores, profundiza la precarización, atenta contra la inclusión, la igualdad y la equidad de género y la justicia social, fomenta el uso masivo de trabajo en condiciones de informalidad o no registrado, así como también la extensión de nuevas formas de trabajo forzoso o esclavitud moderna, la falta de condiciones de salud y seguridad laboral, el trabajo infantil y sus peores formas, la violencia y el acoso sexual, entre otros. Nuestra región está especialmente afectada por esta realidad en tanto que ocupa un lugar subordinado en las CGP, en los eslabones dedicados a la fabricación, donde la informalidad y la precariedad son la regla. Las maquilas (especialmente en la del vestido que se ha desarrollado fuertemente en Centroamérica y el Caribe y otras ramas de producción) constituyen uno de los peores ejemplos de eslabones más rezagados y subordinados a la lógica asimétrica de las CGP y donde se encuentran enormes obstáculos para la sindicalización”.*⁴

Las soluciones jurídicas en el plano de una reformulación de los códigos laborales deben incluir algunos instrumentos normativos que permitan que las empresas multinacionales sean alcanzadas por la responsabilidad laboral de tipo directa y/o solidaria, dependiendo del caso, por los créditos salariales e indemnizatorios generados por sus actividades y operaciones que realizan en los diversos países receptores.

Asimismo, deben preverse mecanismos que permitan la aplicación a nivel nacional de las condiciones pactadas en acuerdos globales en tanto sean más favorables que los vigentes en los respectivos ordenamientos jurídicos, nacionales, al estilo de lo dispuesto en el art. 19.8 de la Constitución de la OIT respecto de las normas Internacionales: *“En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.*

El trabajo y las nuevas tecnologías. El teletrabajo como contrato especial

⁴ CSA (2021). Resoluciones del 4° Congreso (período 2021 – 2025) “Trabajo del futuro en democracia: con sindicatos fuertes y más derechos”, num.60 - 61

En los últimos años han surgido nuevos retos a la protección laboral y social a través del desarrollo de empresas que emplean tecnologías de la información y la comunicación aplicadas al trabajo.

En concreto, asistimos a una muy importante transformación de los modos de trabajar al impulso de los avances tecnológicos que un discurso determinista quiere hacer aparecer como ineludible, definitivo, y sobre todo, ingobernable desde el punto de vista de su regulación laboral.

Para la CSA, “Un rasgo clave de las actuales transformaciones es la ocurrencia de profundos cambios tecnológicos que impactan en los procesos y condiciones del trabajo, en la organización de la producción y en los modos de vida del común de la gente. Los instrumentos tecnológicos están condicionando las formas de sociabilidad y los poderes económicos y políticos fácticos, manipulándolas. Desde la primera revolución industrial a finales del siglo XVIII, las tecnologías nunca fueron “el problema” de la clase trabajadora. Su problema eran las normas sociales con las que el capital ha ido empujando su uso. En este caso no es diferente. La novedad que ahora se presenta es la transformación imaginaria del trabajador/a precarizado/a en empresario bajo la figura del emprendedor.

El imaginario del emprendedurismo, reservado en otro tiempo al management empresarial, hoy se hace parte del sentido común de las personas e impregna culturalmente desde los medios de comunicación, las redes sociales e incluso es adoptado como narrativa por las autoridades gubernamentales. De lo que se trata finalmente es de separar al trabajador y trabajadora del colectivo de su clase, fragmentar su capacidad de organización y debilitar su instrumento histórico, el sindicato. Con la irrupción de la pandemia, algunas tendencias mencionadas se acentúan tanto en magnitud como en impacto. Las medidas de restricción de la movilidad de las personas trajeron la obligatoriedad parcial y/o total del teletrabajo. Una suerte de globo de ensayo planetario que significó una transición abrupta sin garantía de derechos laborales como el respeto por la jornada de trabajo, el derecho a la desconexión, el derecho al descanso y a la conciliación entre vida laboral y vida privada/familiar.

El modelo de negocios que traen como novedad las plataformas digitales (apps) perfecciona los instrumentos de las empresas para obtener mayores beneficios y evadir sus responsabilidades fiscales y como empleadores. Este modelo hoy nos propone una precarización 4.0. un empleo sin seguridad social, sin salario mínimo ni negociación colectiva, sin jornada laboral definida, en fin, sin sindicato” (Documento base aprobado en el 4° Congreso de la CSA, 2021)

Así, aparecen nuevas formas de trabajo a distancia, como ocurre con el **trabajo en línea y el geo/localizado**, que son utilizados de manera oportunista para ocultar relaciones de dependencia laboral por parte de las empresas del sector, en su mayor parte multinacionales

La visión de estas corporaciones, afín al pensamiento neoliberal, ha buscado desligar al teletrabajo y fundamentalmente, al trabajo de reparto de mercaderías y transporte de personas de la regulación laboral, construyendo un discurso que aduce que se trata de modalidades donde el trabajador “gana” en libertad para disponer de su tiempo de trabajo en tanto estamos ante una actividad autónoma desacoplada ya de toda dirección y vigilancia del empleador.

Algunas legislaciones en la región han obedecido a este dogma y recondujeron estas relaciones laborales inequívocamente dependientes hacia fórmulas de trabajo autónomo, legitimando así las prácticas llevadas adelante por las propias empresas transnacionales.

No obstante, muchos pronunciamientos judiciales de tribunales laborales y legislaciones de países como Argentina y México han ido en la solución correcta de reconocer la relación de trabajo y han reconocido los espacios que tiene la negociación colectiva para reglar el teletrabajo y el transporte de mercaderías y personas en el ámbito de la economía de plataformas.

Si bien el trabajo a distancia o a domicilio ha sido una modalidad tradicional de cumplimiento de las obligaciones laborales, materializado en el Convenio núm. 177 de la OIT, lo cierto es que la pandemia del COVID 19 potenció su desarrollo y al impulso de esta realidad muchos países de la región han adoptado normas que regulan esta modalidad de diversa manera.

En algunos casos, la regulación se hizo en sintonía con la legislación común, adaptándola a los requerimientos específicos del teletrabajo, como por ejemplo, la problemática de la igualdad y no discriminación, la desconexión digital, la formación profesional y la protección de datos personales. En otros casos, la legislación sobre teletrabajo fue una oportunidad para dar continuidad a las políticas de desregulación laboral.

Para la CSA, *“El elemento fundamental de la innovación tecnológica 4D es la digitalización de la producción de bienes y servicios en tres áreas diferentes: en la fase de montaje de productos realizada por trabajadores con apoyo de computadoras, en el área de lo que comúnmente se denomina “el internet de las cosas” que crea “fábricas inteligentes” donde las máquinas están interconectadas en red permitiendo intervenciones externas y, en el área de la inteligencia artificial que sería la más sofisticada al involucrar también los servicios, además de la fabricación. La cantidad de datos que permite acumular la digitalización posibilita el análisis de perfiles de consumidores y procesamiento de macrodatos (big data).”*⁵

Las nuevas formas de control del trabajo emergentes de las tecnologías digitales aplicadas constituyen uno de los mayores riesgos de estas modernas formas de trabajo, y ello en un doble sentido: a) por una parte, pueden afectar la privacidad del trabajador/a, acentuando, además, el llamado “tecnoestrés”; y por otra parte, b) el distanciamiento de la zona de trabajo controlada directamente por el empleador suelen ser vistas como (falsos) índices de autonomía y emprendedurismo laboral, lo que requiere un ajuste y actualización de los criterios para determinar la existencia de una relación de trabajo dependiente, para lo cual la Recomendación núm. 198 de la OIT es un instrumento esencial.

El teletrabajo incide en el conjunto de los derechos y obligaciones emergentes de la relación de trabajo. En el 4º. Congreso de la CSA se ha llamado la atención en el sentido, por ejemplo, que *“la mayor calificación laboral requiere ser considerada como tiempo laboral a cargo de las empresas y proponer la reducción de la jornada laboral manteniendo los ingresos. Respecto a la privacidad de las personas y sus datos, es urgente contar con regulaciones y considerar además el surgimiento de nuevas enfermedades laborales vinculadas a las*

⁵ CSA. Resoluciones del 4º Congreso, núm. 76

tecnologías, particularmente stress relacionado a la hiperconectividad, a lo cual se debe responder con el derecho a la desconexión entre otros mecanismos de regulación.”⁶

Asimismo, “El debate sobre el trabajo del futuro debe considerar la división sexual del trabajo ya que ésta determina que las actividades reproductivas recaigan fundamentalmente en mujeres. La introducción de nuevas tecnologías reproduce los mismos sesgos y prejuicios que operan en las relaciones sociales y raciales, profundizando aún más las situaciones de violencia y acoso hacia mujeres”.⁷

Teniendo como principio la presunción de la existencia de una relación de trabajo dependiente, la legislación laboral de la región deberá prever una serie de mecanismos que aseguren que el recurso al teletrabajo es genuino y no un medio para implantar formas de desregulación laboral que refuercen la desigualdad entre trabajador/a empleador.

La presunción de laboralidad y el principio de primacía de la realidad

Recientemente en España y en el proyecto de Directiva de la Unión Europea, se incorporó el viejo dispositivo de nuestros códigos laborales de la *“presunción de laboralidad”* para dar una solución razonable y actual al trabajo prestado a través de plataformas.

Recordemos por ejemplo lo dispuesto en el código de trabajo de República Dominicana, entre otros, cuando estipula en su art. 15 que *“Se presume, hasta prueba en contrario, la existencia del contrato de trabajo en toda relación de trabajo personal”*, y la ley de contrato de trabajo argentina en su art. 23: *“El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”*.

Por otra parte, la OIT ha dado una respuesta concluyente a los desafíos de la protección laboral y social de las personas que trabajan bajo formas de subcontratación, suministro de mano de obra o en las diversas modalidades de la economía de plataformas.

Nos referimos a la Recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo, que expresa en su cláusula 9° que *“la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”*, decantándose claramente hacia la aplicación del principio de primacía de la realidad material para determinar la existencia de una relación laboral.

Agrega en su cláusula 13° una serie de indicios específicos para inclinarse a favor de la relación de trabajo, como:

“el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro

⁶ CSA. Resoluciones del 4° Congreso, núm. 80

⁷ CSA. Resoluciones del 4° Congreso, núm. 78

de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

La presunción de laboralidad y los indicios son instrumentos óptimos para mejor apreciar la dependencia laboral en tiempos de trabajos falsamente autónomos que se asientan en formas jurídicas vacías, como arrendamientos de servicios y otras modalidades que niegan el valor y la pertinencia de la protección laboral en situaciones de desigualdad.

Terminación de la relación de trabajo

En el continente conviven sistemas de “despido libre” con ordenamientos que requieren de “justas causas” para operar la terminación de la relación de trabajo.

Resulta necesario armonizar las soluciones legislativas en orden a recomponer niveles de igualdad de la relación de trabajo de tal modo que la terminación de la misma no obedezca a la simple arbitrariedad del/a empleador/a, sino que resulte en sintonía con lo dispuesto en el art. 4° del Convenio num. 158 de la OIT y el art. 7°. d) del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales que requieren, justamente, la existencia de justas causas para la terminación del vínculo laboral.

Propuesta

Los lineamientos para definir la relación de trabajo en un modelo de código latinoamericano deberán tener en cuenta esencialmente la Recomendación núm. 198 y el Convenio núm. 158 de la OIT las siguientes especificidades:

- a) Las normas de protección laboral deberán aplicarse siempre que **exista relación de trabajo**, entendiéndose por tal aquella que, con independencia del *acto o arreglo* contractual que le dé origen, significa la prestación de un trabajo personal para una persona física o jurídica, mediante el pago de una retribución
- b) Siempre que se verifiquen uno o varios indicios de los previstos en la Recomendación núm. 198 de la OIT se **presumirá** la existencia de una relación de trabajo
- c) Las empresas principales o usuarias (incluyendo al Estado) serán **solidariamente responsables** de los créditos laborales y deudas de carácter tributario con organismos de seguridad social que hayan contraído con sus trabajadores las empresas

subcontratistas o suministradoras de mano de obra con las que hayan contratado la provisión de bienes o servicios de su giro principal o accesorio.

- d) Las empresas transnacionales y sus cadenas de producción globales serán directa y/o solidariamente responsables por los créditos laborales e indemnizatorios generados por sus actividades y operaciones en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales
- e) Las condiciones de trabajo pactadas a nivel global por las empresas transnacionales con representantes de trabajadores/as serán aplicables al ámbito de actividad de dichas empresas en los ordenamientos jurídicos nacionales siempre que no menoscaben cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en dichos acuerdos
- f) La terminación de la relación de trabajo deberá obedecer a la existencia de justa causa relacionada con la capacidad o conducta del/a trabajador/a o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio cuya prueba carga sobre el empleador, y en caso de despido injustificado, el/la trabajador/a tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo

Regulación del Teletrabajo y el trabajo en el ámbito de la economía de plataformas

- g) Coherente con la presunción de la existencia de una relación de trabajo en todo intercambio de trabajo por remuneración, el teletrabajo y el trabajo en el ámbito de la economía de plataformas digitales será considerado como una modalidad de contrato de trabajo dependiente
- h) Serán de aplicación las normas del contrato típico de trabajo y las relativas al teletrabajo y al trabajo en el ámbito de la economía de plataformas digitales tendrán únicamente carácter excepcional en caso de insuficiencia o vacíos en el estatuto común del trabajo
- i) La negociación colectiva podrá mejorar los términos legales de regulación del teletrabajo y el trabajo en la economía de plataformas y en particular, deberá participar en las formas de prevención del acoso laboral en el ámbito de la economía de plataformas
- j) Deberá consagrarse de manera expresa el principio de igualdad de trabajo y no discriminación, y en especial, con relación a trabajadores/as con responsabilidades familiares, estableciendo mecanismos de cuidados y de su facilitación, como las licencias parentales
- k) En ningún caso el teletrabajo ni el trabajo en la economía de plataformas digitales supondrá un aumento de la carga horaria de labor

- l) La legislación laboral deberá adoptar dispositivos para asegurar los principios de voluntariedad y reversibilidad en el teletrabajo y trabajo híbrido
- m) Los/as trabajadoras tendrán derecho a ser informados por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles

2

Salario. Protección, salario mínimo y sistemas de fijación

Los lineamientos fundamentales para toda reforma laboral en la región deberán apegarse a una serie de principios y garantías respecto del salario que aseguren:

- a) un concepto amplio de salario;
- b) una protección adecuada;
- c) la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación;
- d) la existencia de métodos de fijación de salarios mínimos que resulten de la consulta y negociación con las organizaciones de trabajadores

Concepto

Previo a adentrarnos en la definición del concepto salario, corresponde resaltar que el contrato de trabajo es, en efecto, un contrato bilateral, con prestaciones recíprocas. En consecuencia, el trabajador se compromete a poner a disposición su fuerza de trabajo percibiendo como contraprestación debida el salario.

En tal entendimiento, puede sostenerse que el salario es, desde una perspectiva jurídica, la *“contraprestación del trabajo subordinado”*, y en esa lógica, debe afirmarse que configura la prestación económica debida por el empleador en relación recíproca con la prestación del trabajo realizada por el trabajador.

Resulta de vital importancia señalar el carácter alimenticio del salario, en cuanto el mismo se encuentra vinculado con su condición de ingreso indispensable para solventar las necesidades del trabajador y su familia.

Consideramos adecuadas las definiciones que sobre salario contienen las normas internacionales, que bien pueden ser adoptadas por los presentes lineamientos.

En los términos del Convenio N° 95 de la Organización Internacional del Trabajo, *“El término **salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”*

Asimismo, según lo establece el Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo *“el término **remuneración** comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo,*

y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”.

Se destaca así que **toda prestación pagada al trabajador en virtud de la puesta a disposición de su fuerza de trabajo deberá ser considerada salario, sin importar la denominación que se le haya impuesto.**

Protección del salario

En consonancia con lo que viene de expresarse, el Convenio N° 95 OIT establece que *“El **salario** se deberá pagar directamente al trabajador interesado, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral establezcan otra forma de pago, o que el trabajador interesado acepte un procedimiento diferente.”*

Asimismo, referido marco normativo protege al salario disponiendo que *“Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario.”*

Otro elemento clave de protección que debería incluirse como lineamiento para toda reforma laboral tiene que ver con los descuentos a aplicarse al salario.

Por ello resulta adecuado el principio establecido en el Convenio 95 a ese respecto: *“Los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral.”*

Principio de igualdad y no discriminación.

Los lineamientos en materia de igualdad y no discriminación para un modelo de código laboral en la región deberían adoptar una definición suficientemente comprensiva de los distintos tipos de segregación existentes.

Por ello consideramos adecuada la definición del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) cuando estipula que deberán garantizarse *“**Salarios justos e igual remuneración por trabajo de igual valor sin distinción de ningún tipo, en particular garantizando a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las que disfrutaban los hombres, con igual salario por igual trabajo”.***

En referida línea argumentativa, la Declaración Tripartita de Empresas Multinacionales de la OIT expresa que *“Los **salarios**, prestaciones y condiciones de trabajo que ofrezcan las empresas multinacionales en todas sus operaciones no deberían ser menos favorables para los trabajadores que los ofrecidos por empleadores comparables en el país anfitrión. Cuando no existan empleadores comparables, deberían proporcionar los salarios, prestaciones y condiciones de trabajo mejores posibles. Los elementos que deberían tomarse en consideración son, entre otros: a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias, habida cuenta del nivel general de los salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales, y b) los factores económicos, como las necesidades de desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un elevado nivel de empleo. Cuando proporcionen a los trabajadores prestaciones básicas, como vivienda, asistencia médica o alimentos, estas prestaciones deberían tener un nivel adecuado”.*

Desde el punto de vista conceptual, puede agregarse como lineamiento la definición de igualdad salarial que provee el Convenio N° 100 OIT en cuanto estipula que *“la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”*.

En consonancia con lo expuesto precedentemente, resaltamos lo esgrimido en la **PLADA**, en cuanto desarrolla el principio de *“Igual remuneración y derechos por trabajo de igual valor”* señalando que *“Se deben implementar políticas públicas para superar las brechas salariales y de ingresos entre géneros. Las políticas públicas y medidas adoptadas en ámbitos tripartitos deben comprender ineludiblemente mecanismos contra la discriminación laboral y la segregación y feminización de los sectores laborales con mayor precariedad y menor retribución salarial”*

En el mismo sentido, establece la Declaración Universal de Derechos Humanos que *“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”*.

En cuanto a la. *“Distribución justa del ingreso, la renta, la riqueza y el excedente”* la **PLADA** sostiene que *“Una distribución justa y progresiva es posible con pleno empleo en condiciones dignas y resguardo de los salarios frente a la volatilidad de los ciclos económicos. Para lograrla es fundamental consolidar las capacidades estatales de organización y regulación sobre la producción, la distribución y el consumo. La CSA defiende que los gobiernos y los organismos internacionales establezcan y hagan cumplir un ordenamiento jurídico nacional e internacional que responsabilice a las empresas de sus conductas a nivel local y en los países y territorios donde se desarrolla su actividad o parte de ella.”*

Métodos de fijación de los salarios mínimos

A tenor de lo expuesto, resulta de vital importancia destacar la relevancia de la libertad sindical y consecuentemente de la negociación colectiva como herramienta indispensable a efectos de la determinación del salario en general y del salario mínimo en particular.

En sintonía con este concepto, la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que *“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”*

En idéntico sentido se manifiesta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al establecer que *“Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.”*

La Constitución de la OIT, por su parte, refiere a la necesidad de adoptar medidas que garanticen un *“salario vital adecuado”*.

Idéntico criterio asumió la Declaración de Filadelfia al establecer la obligación de fomentar la adopción de medidas que tengan como objetivo garantizar *“un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección”*.

Asimismo la Recomendación N° 131 de la Organización Internacional del Trabajo establece que *“La fijación de salarios mínimos debería constituir un elemento de toda política establecida para eliminar la pobreza y para asegurar la satisfacción de las necesidades de todos los trabajadores y de sus familias”*, agregando que *“El objetivo fundamental de la*

fijación de salarios mínimos debería ser proporcionar a los asalariados la necesaria protección social respecto de los niveles mínimos permisibles de salarios.”

Así, por ejemplo, y en consonancia con lo citado, la República Argentina creó en 1991 el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, conformado tripartitamente por representantes de los trabajadores, empleadores y gobierno, facultándolo para la determinación periódica del Salario Mínimo, Vital y Móvil. El método de fijación indicado prevé que todo trabajador tendrá derecho a percibir una remuneración no menor al Salario Mínimo, Vital y Móvil. A tenor de lo expuesto se destaca que el trabajador, individualmente y/o a colectivamente a través de la negociación colectiva, podrá acordar con el empleador un salario aún mayor.

Criterio similar acogió Uruguay, que estructuró los Consejos de Salarios, órganos de conformación tripartita competentes para fijar los salarios mínimos por categoría laboral y por grupo de actividad, habilitando así una negociación colectiva que eventualmente puede generar otros contenidos laborales y de condiciones de trabajo.

Propuesta

Los lineamientos sobre salarios para un modelo de código deberían contener los siguientes aspectos básicos en el marco de lo dispuesto en los Convenios Internacionales del Trabajo núm. 95, 100 y 131 y las normas pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales:

- a) una definición de salario suficientemente amplia, que lo considere por ejemplo como “toda prestación en dinero o en especie pagada al trabajador en virtud de la puesta a disposición de su fuerza de trabajo, sin importar la denominación que se le haya impuesto”;
- b) La protección del salario deberá contemplar el pago directo al trabajador, la libre disponibilidad del salario por el trabajador y la prohibición de los descuentos que no estén autorizados por ley o por convenio colectivo, incluyendo la exoneración de todo cargo (tasas, comisiones, etc) por la utilización de los medios electrónicos de pago;
- c) En caso de quiebra de la empresa, el salario y las partidas indemnizatorias del trabajador deberán asegurarse respecto del resto de los acreedores de la empresa mediante el principio de indemnidad, pronto pago e independencia de los procesos judiciales de liquidación de la empresa;
- d) El salario mínimo tomará para su definición la referencia al convenio internacional núm. 131 y normas del sistema interamericano, como, por ejemplo: “derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure a la persona que trabaja y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”;
- e) Los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, se fijarán periódicamente y ajustarán para mantener su valor de compra y no podrán ser disminuidos en su monto por ningún acuerdo individual ni colectivo;

- f) El salario mínimo se fijará mediante consulta y negociación con las organizaciones de trabajadores y empleadores más representativas en el nivel que se determine (salario mínimo nacional, interprofesional o sectorial);
- g) La legislación sobre salario mínimo vital deberá fijar los índices económicos y sociales que se tendrán en cuenta para su determinación
- h) Deberán preverse mecanismos sobre no discriminación salarial, en particular sobre los colectivos señalados en el cap. Introdutorio núm. 5 (ver “principio de no discriminación” en esa parte)
- i) El salario será inembargable, incluyendo el que se efectúe por medios electrónicos y depósito bancario

3

Jornada de trabajo y ordenación del tiempo de trabajo

La regulación de la limitación del tiempo de trabajo se encuentra muy afectada en los países de la región en razón de las posiciones de una parte de la doctrina laboral y esencialmente de los empleadores, que sostienen que se trata de una normativa que ya no se “ajusta” a las nuevas formas de trabajar y requerimientos de las nuevas tecnologías, por lo cual la consideran “obsoleta”.

La debilidad de los mecanismos de inspección laboral existentes permite, además, que muchas empresas incumplan con la legislación nacional que impone la limitación del tiempo de trabajo o no abonen como se estipula el trabajo extraordinario, contribuyendo así a precarizar las condiciones de empleo.

Los lineamientos del modelo de código laboral deberán reforzar los mecanismos de limitación de la duración del trabajo sobre la base de los principios de razonabilidad, compatibilización del trabajo con la vida privada y la consideración de que el trabajo no debe ser considerado una mercancía.

Concepto de tiempo de trabajo y su limitación efectiva

El tiempo de trabajo ha sido uno de los temas fundantes del derecho del trabajo, en la medida que las jornadas extenuantes fueron (y son) fuente de explotación y de accidentabilidad laboral.

En tal entendimiento, la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo logró que se incorporase en el Tratado de Versalles de 1919 una declaración referida a la jornada laboral que expresaba que *“Las altas partes contratantes, reconociendo que el bienestar físico, moral e intelectual de los trabajadores asalariados es de una importancia esencial desde el punto de vista internacional, han establecido, para llegar a este objeto elevado, el organismo permanente previsto en la Sección I y asociado al de la Sociedad de las Naciones. Ellas reconocen que las diferencias de clima, de costumbres y de usos, de oportunidad económica y de tradición industrial, hacen difícil alcanzar de una manera inmediata la uniformidad absoluta en las condiciones del trabajo. Pero, persuadidas como están de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como un artículo de comercio, piensan que hay métodos y principios de reglamentación de las condiciones del trabajo que todas las comunidades industriales deberán esforzarse en aplicar, en cuanto lo permitan las circunstancias especiales en que puedan encontrarse. Entre esos métodos y principios, las Altas Partes Contratantes consideran ser de una importancia particular y urgentes, los siguientes: 1. — El principio*

*director arriba enunciado, de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio; 2. — El derecho de asociación para todos los objetos no contrarios a las leyes, tanto para los asalariados como para los empleadores; 3. — El pago a los trabajadores, de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, tal como se comprende en su tiempo y en su país; 4. — La adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas, como objetivo a alcanzar en todas partes en que aún no haya sido obtenido; 5. — La adopción de un descanso hebdomadario de veinticuatro horas como *mínimum*, que debería comprender el domingo, siempre que fuera posible;...”*

Corresponde recordar que la limitación de la duración de la jornada de trabajo refiere a cuestiones de orden ético, cultural, biológico, técnico y económico, que se mantienen inalteradas pese al tiempo transcurrido desde las primeras regulaciones y pese a los cambios operados en las formas de trabajar.

En sintonía con lo expresado en el Tratado de Versalles, el Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo prescribe que: *“En todas las empresas públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas...”* estableciendo a su vez que *“El exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria; (c) cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.”*

Criterio coincidente asume el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), *“Los Estados reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en particular: ii) Una vida digna para ellos y sus familias de conformidad con las disposiciones del presente Pacto; (d) Descanso, ocio y limitación razonable de la jornada laboral y vacaciones periódicas pagadas, así como la retribución de los días festivos”*

Resulta adecuada a los Lineamientos de un modelo de código laboral para la región la definición de tiempo de trabajo que proporcionan los Convenios N° 1 y N° 30 de la Organización Internacional del Trabajo: **jornada de trabajo es el el tiempo durante el cual el personal de la empresa se encuentra a disposición del empleador.**

Nótese de la pertinencia y actualidad del término “encontrarse a disposición”, que es comprensivo de diversidad de situaciones propias de las nuevas formas de trabajar, como el tiempo de espera, por ejemplo.

Ordenación de la duración del trabajo

La normativa sobre limitación del tiempo de trabajo deberá ser considerada y respetada por el empleador al momento de ordenar la jornada de trabajo.

En efecto, suele argumentarse por las corrientes desreguladoras del derecho del trabajo que su propósito no es abolir la limitación del tiempo de trabajo, sino que simplemente se debe *“ordenar”* su duración de manera diferente, conservando la limitación pero efectuando su cálculo no en términos diarios sino semanales, mensuales y hasta anuales, lo que permitiría extender las jornadas hasta 12 o más horas para luego laborar menor tiempo

y “compensar” los excesos al cabo de períodos mayores a los estipulados en las normas internacionales.

Se trata de una estrategia burda para vulnerar el derecho al descanso y a tener suficiente autonomía para desarrollar capacidades, proyectos propios, vida familiar, etc.

No existe tal determinismo tecnológico que imponga un quiebre de la limitación del tiempo de labor por razones de organización del trabajo; la protección de los espacios de la vida privada de las personas que trabajan debe ser objetivo de primer orden de las políticas laborales y por tanto no pueden subordinarse a la producción, lo cual implicaría una consideración mercantil de la fuerza de trabajo.

Quiere decirse con ello que lo que está verdaderamente en juego en la limitación y ordenación del tiempo de trabajo es el principio de que el trabajo no debe ser considerado una mercancía. O sea, no debe quedar al albur de las demandas de la producción, sino que la norma laboral debe reconducir hacia criterios de razonabilidad y compatibilización de la vida privada y el trabajo.

En consecuencia, además de evitar este tipo de derivaciones “técnicas” que se presentan como “inevitables”, que afectan profundamente la vida personal y de relación del/a trabajador/a, existen idénticas razones que sustentan la necesidad de garantizar la fijación y el cumplimiento de los descansos y pausas mediante la disposición de tiempo libre.

En tal sentido el Convenio N° 14 de la Organización Internacional del Trabajo establece que *“todo el personal empleado en cualquier empresa industrial, pública o privada, o en sus dependencias, deberá disfrutar, en el curso de cada período de siete días, de un descanso que comprenda como mínimo veinticuatro horas consecutivas.”*

Idéntico criterio adoptó el Convenio N° 106 de la OIT al sostener que *“Todas las personas a las cuales se aplique el presente Convenio, a reserva de las excepciones previstas en los artículos siguientes, tendrán derecho a un período de descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas, como mínimo, en el curso de cada período de siete días”.*

El desconocimiento de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de libre disposición por parte de trabajadores/as, se agudiza en aquellos casos en que directamente se desconoce la existencia de una relación de trabajo, como ocurre, por ejemplo, con la mayoría de las categorías laborales que aparecen en el ámbito de la economía de plataformas, todas bajo la ideología del “emprendedurismo”.

Por esta razón es vital para la reforma laboral en la región, que se acoja un criterio amplio para definir la existencia de una relación de trabajo, puesto que, en muchos casos, como quedó dicho en el cap. 1, se emplean formas sutiles de simulación para ocultar la dependencia laboral y de esa manera sobre explotar el trabajo a través de la supresión de todo límite temporal al trabajo.

El **4° Congreso de la CSA** ha abordado el tema con singular profundidad y sentido crítico cuando dice que *“El imaginario del emprendedurismo, reservado en otro tiempo al management empresarial, hoy se hace parte del sentido común de las personas e impregna culturalmente desde los medios de comunicación, las redes sociales e incluso es adoptado como narrativa por las autoridades gubernamentales. De lo que se trata finalmente es de separar al trabajador y trabajadora del colectivo de su clase, fragmentar su capacidad de organización y debilitar su instrumento histórico, el sindicato. Con la irrupción de la pandemia, algunas tendencias mencionadas se acentúan tanto en magnitud como en impacto. Las medidas de restricción de la movilidad de las personas trajeron la obligatoriedad parcial y/o*

total del teletrabajo. Una suerte de globo de ensayo planetario que significó una transición abrupta sin garantía de derechos laborales como el respeto por la jornada de trabajo, el derecho a la desconexión, el derecho al descanso y a la conciliación entre vida laboral y vida privada/ familiar. La suspensión de actividades presenciales en las instituciones educativas agudizó a su vez la crisis y desigual distribución de los cuidados en detrimento principalmente de las mujeres trabajadoras, quienes fueron asimismo las más afectadas por la crisis del empleo y la pérdida de ingresos. En pos de lograr la supervivencia familiar en los hogares, las mujeres, principalmente, desarrollaron estrategias para el sostenimiento de la vida y la alimentación que han significado un aumento del tiempo dedicado a las labores domésticas y extradomésticas. Además, en la mayoría de los casos, los medios de trabajo, el equipamiento y la conectividad corrieron por cuenta de las propias/os trabajadoras. Esto ha generado graves incumplimientos a los convenios colectivos de trabajo y el derecho laboral en casi todos los países, generando condiciones para la instalación permanente de esta modalidad laboral en incontables empresas de todos los sectores económicos, especialmente en los servicios y el comercio, que han comprobado sus ventajas en términos de reducción de costos, mayor control que ofrecen las tecnologías digitales, fragmentación de los colectivos laborales y neutralización de las herramientas históricas de los sindicatos para colocar sus reivindicaciones y defender los derechos de las y los trabajadores. El debate sobre el trabajo del futuro es profundamente político y con consecuencias en el diseño de la sociedad futura, no podemos dejarlo librado al accionar del mercado su configuración. La digitalización, la automatización, la inteligencia artificial, el internet de las cosas, entre otras innovaciones asociadas, afectan principalmente al conjunto de la clase trabajadora. Tal como están planteadas, vienen a reforzar sesgos clasistas y raciales preexistentes, como también las tendencias a la precarización y al deterioro” (...) El modelo de negocios que traen como novedad las plataformas digitales (apps) perfecciona los instrumentos de las empresas para obtener mayores beneficios y evadir sus responsabilidades fiscales y como empleadores. Este modelo hoy nos propone una precarización 4.0. un empleo sin seguridad social, sin salario mínimo ni negociación colectiva, sin jornada laboral definida, en fin, sin sindicato”.

Un modelo de código del trabajo en la región debería por tanto actualizar del modo que quedó establecido en el cap. 1 el concepto de relación de trabajo/contrato de trabajo para re/aglutinar a trabajadoras/as que han quedado desprotegidos por esta engañifa del emprendedurismo y no ceder ante la argumentación falaz de la “obsolescencia” de la regulación del tiempo de trabajo, conservando la diferenciación entre trabajo y vida privada sin posibilidad de difuminar esa frontera.

Propuesta

En cuanto a la limitación de la duración del trabajo y su ordenación, los lineamientos para un código del trabajo en la región deberán asegurar el cumplimiento de los siguientes principios en el marco de los Convenios Internacionales del Trabajo núm. 1, 14, 30 y 106:

- a) Todas las personas que trabajan en el ámbito de una relación laboral tienen derecho a la limitación diaria y semanal de trabajo;

- b) Debe entenderse como jornada de trabajo el tiempo durante el cual el personal de la empresa se encuentra a disposición del empleador y a la espera de recibir un encargo o una directiva;**
- c) La ordenación de la duración del trabajo no podrá alterar tal principio y salvaguardar el tiempo dedicado al descanso, la formación, la vida familiar y demás componentes de la vida privada;
- d) Toda modificación de la ordenación de la duración del trabajo debe implicar una reducción de la duración del tiempo de labor y de estar a la orden del empleador con el mantenimiento de los derechos y niveles salariales garantizados;
- e) La ley o los convenios colectivos deberán prever que el tiempo dedicado a: 1) la formación profesional (en procesos de innovación tecnológica) 2) la formación sindical, y 3) los cuidados, se consideren tiempo de trabajo remunerado;
- f) El descanso semanal deberá permitir la estructuración de la vida social y familiar del/a trabajador/a sin estar ligado a las variabilidades, requerimientos e interrupciones del empleador;
- g) En el trabajo en la economía de plataformas deberá reconocerse un efectivo derecho a la desconexión luego del horario de trabajo y durante el descanso semanal y vacacional.

4

Derecho a un entorno seguro y saludable de trabajo

La normativa sobre salud y seguridad en el trabajo presenta la particularidad de ser sumamente profusa, ya que no está contenida sólo en los códigos laborales, sino que se despliega luego en multiplicidad de leyes especiales, decretos, resoluciones, etc, que la hacen difícil de sistematizar.

Esa característica hace que los lineamientos que se presentan para un modelo de código en la región sobre este tema reflejen solo los aspectos o principios generales imprescindibles y que se denotan ausentes en algunos países, o no son suficientemente aplicados, a lo que se agregan algunas propuestas más ´puntuales que se entiende completan o refuerzan las garantías del derecho a la salud y seguridad en el trabajo.

La salud y seguridad en el trabajo, Derecho Fundamental

La Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en su 110° reunión adoptó la decisión de incluir el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de 1998, la cual ha sido definida por el organismo como *“la expresión del compromiso de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de respetar y defender los valores humanos fundamentales - valores de vital importancia para nuestras vidas en el plano económico y social”*

La resolución es producto del consenso tripartito existente sobre la relevancia de la salud y seguridad en el trabajo y reafirma el compromiso preexistente de los Gobiernos en su cumplimiento, materializado, además, con la incorporación de los Convenios núm. 155 y 187 al elenco de instrumentos que integran la Declaración. Desde los documentos fundacionales de la OIT, que referían a *“Proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en*

todas las ocupaciones”, hasta el informe de la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, “Trabajar para un futuro más prometedor” (2019) que incluyó a la salud y seguridad en el trabajo como parte de la “Garantía Laboral Universal”, hay una línea coherente del organismo tripartito en subrayar la relevancia del derecho referido en el campo de los derechos humanos laborales.

Tratándose de un derecho fundamental, tiene carácter universal y acceso gratuito mediante sistemas públicos y de financiación solidaria que aseguren la inclusión de todas las personas como integrantes del cuerpo social.

La **CSA** ha dicho en su “Estrategia sindical en salud laboral para las Américas” que: *“Desde el Congreso fundacional de la CSA, marzo del 2008, la salud laboral ha sido considerada piedra angular para el desarrollo sostenible. En su Programa de Acción establece que “La salud laboral se construye en un medio ambiente de trabajo adecuado, con condiciones de trabajo justas, donde los trabajadores y trabajadoras puedan desarrollar una actividad con dignidad y donde sea posible su participación para la mejora de las condiciones de salud y seguridad”. Igualmente, en la Plataforma Continental Sindical en Seguridad Social PLACOSS (aprobada en el Consejo Ejecutivo de la CSA en abril del 2010) se “defiende que la salud laboral constituye uno de los determinantes sociales en materia de desigualdad en salud, por lo tanto la Salud y Seguridad en el Trabajo deben asumirse como un área de atención especial dentro del marco de la Protección Social”⁸.*

En el plano de las obligaciones de los Estados, para la OIT los gobiernos deberán, en consulta tripartita con las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores, formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo y medio ambiente de trabajo, un objetivo incumplido en muchos países de la región, como quedó evidenciado durante la pandemia del COVID 19. Ha dicho a ese respecto la CSA en el marco del día mundial de la salud y seguridad en el trabajo, el 28 de abril: *“La crisis sanitaria planteó la urgente necesidad de combatir los principales factores de riesgos que aumentan estas cifras cada año y visibilizó la importancia de contar con políticas nacionales de prevención para luchar contra este problema.”*

Seguidamente abordamos algunos puntos críticos de nuestras legislaciones laborales sobre salud y seguridad que deben ser tenidos en cuenta como lineamientos para un modelo de código en la región.

Tiempo de trabajo

Entre esos factores de riesgo de enfermedad o accidente de trabajo figuran las jornadas extensas, que ahora alcanzan al domicilio a través del teletrabajo, una realidad que se asocia con afecciones como la cardiopatía isquémica, el accidente cerebrovascular y la

⁸ Ver: “Estrategia sindical en salud laboral para las Américas” en . <http://csa-csi.org/wp-content/uploads/2020/01/15-Estrategia-Sindical-en-Salud-Laboral-para-las-Américas.pdf>

El documento es muy crítico en el diagnóstico de la situación en la región: “El impacto de las nuevas tecnologías, los cambios organizacionales, la intensificación de las cargas de trabajo en términos de exigencias, jornada, ritmo, etc.; la reducción de derechos laborales; la disminución del poder de presión de los sindicatos y la profundización de la fragmentación de los trabajadores, perjudica las condiciones de vida y de trabajo y por ende de la salud de éstos”.

salud mental, que ameritan la limitación de la duración del tiempo de trabajo, como ya quedó señalado en el cap. 2, pese a un discurso de corte empresarial que insiste en la “obsolescencia” de las 8 h diarias de labor.

Salud mental y trabajo

La reciente adopción del CIT 190 sobre acoso y violencia en el trabajo ha puesto de relieve la importancia de la salud mental como componente de la salud y seguridad y del medioambiente de trabajo. La Organización Mundial de la Salud ha definido la Salud Mental como *“un estado de bienestar en el cual el individuo, es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera, y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”*.

Para dicho organismo, la prevención de los problemas de la salud mental vinculados con el trabajo mediante la gestión de riesgos psicosociales *“incluye el uso de intervenciones organizativas para reformar las condiciones de trabajo, las culturas y las relaciones”*. En estos escenarios son determinantes las jornadas de trabajo, la carga laboral, la estabilidad contractual, etc, para lo cual los gobiernos y empleadores deberían trazar estrategias con foco en tres aspectos centrales: Prevención, Promoción y apoyo de la salud mental

Tercerización y subcontratación

La subcontratación, o más ampliamente como lo denomina la OIT, “las relaciones triangulares de trabajo” es un modo de organizar la producción que está sumamente desarrollado en nuestros países, mediante el cual las empresas locales integran cadenas mundiales de producción.

Se desdibuja así el vínculo laboral, dificultando el proceso organizativo de los trabajadores. Desde el punto de vista de la salud y seguridad han aumentado en estos sectores los índices de accidentabilidad por la deficiencia de las políticas de prevención y promoción de la salud y seguridad en entornos laborales difusos.

Una legislación que modernice nuestros códigos laborales receptando estas nuevas formas de organizar la producción debe considerar no solamente la regulación de la responsabilidad del conjunto de empresas que se benefician del trabajo, sino también será necesario imponer obligaciones para la implementación y aplicación de protocolos acerca de las medidas de salud y seguridad en el trabajo que deben asumir las empresas que emplean mecanismos de subcontratación. En concreto, dichos códigos deberán disponer que existan compromisos conjuntos de las empresas vinculadas por estas relaciones triangulares, delimitando obligaciones claras y responsabilidad solidaria para que no queden exentos de vigilancia y cumplimiento derechos elementales como son la salud y seguridad. Desde el punto de vista de las condiciones de trabajo, como quedó dicho en el cap. 1, deberá regularse en el sentido de establecer un principio de igualdad en cuanto a los beneficios, garantías o protección los trabajadores de la empresa subcontratada en comparación con los trabajadores directos de la empresa contratante.

Desde los Ministerios de Trabajo se debería ofrecer cooperación en materia de elaboración de protocolos, guías o aún normativas específicas para orientar esta

responsabilidad solidaria de cumplimiento a la salud laboral desde la prevención, promoción y cuidado de todas las condiciones de trabajo.

Informalidad

Según datos de organismos internacionales, cerca del 53% de la población trabajadora de la región todavía se encuentra laborando en condiciones de informalidad.

Esta realidad determina la necesidad de promover la sensibilización, capacitación y políticas públicas para que se les reconozcan de manera urgente los derechos básicos a la salud y seguridad en el trabajo, como primer eslabón al reconocimiento integral de los derechos que amparan a quienes laboran en situación de dependencia.

Para la Estrategia Iberoamericana de Salud y Seguridad en el Trabajo 2021 a 2025 de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, un objetivo de las políticas públicas debe ser propender que las empresas inicien procesos de transición hacia la formalidad, con énfasis, en nuestra opinión, en aquellos casos en que se desconoce el vínculo de dependencia laboral o en casos que esa vinculación se produce a través de figuras jurídicas de tercerización e intermediación, que impiden la aplicación directa por las empresas principales de medidas preventivas y de cuidado de las condiciones de seguridad y salud hacia ese colectivo de trabajadores.

La salud y seguridad en el trabajo y las nuevas tecnologías

El trabajo en las plataformas digitales colaborativas se ha traducido en general en un incremento del trabajo pretendidamente independiente y del empleo atípico en general. Dentro de una variada panoplia de cambios en las tareas y la organización del trabajo, el ámbito de la economía de plataformas ha aplicado la innovación tecnológica digital al diseño y control del trabajo desencadenando una serie de transformaciones que tienen que ver con robotización de las tareas, la fragmentación de la producción y los servicios y el aumento del trabajo a distancia (teletrabajo), así como la aparición de nuevas exigencias en materia de capacitación y formación profesional.

En este punto parece necesario desarrollar instrumentos que permitan la identificación preventiva de posibles riesgos asociados a estas formas de trabajo o entornos laborales nuevos producto de los cambios tecnológicos, de modo tal que las empresas y entidades competentes adopten todas las medidas relacionadas con adecuación de espacios de trabajo, la plena entrega de herramientas de trabajo, las atenciones de salud ocupacional especializadas para la prevención del riesgo y la adecuación de jornadas y contrato, entre otras medidas que permitan evitar o reducir al máximo posibles riesgos a la salud y vida del/a trabajador/a en estos entornos.

Para el cumplimiento de estos objetivos, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social entiende que debe promoverse la regulación de la protección social de los trabajadores en entornos singulares así como la orientación a los países para que generen protocolos de medidas sanitarias y ocupacionales para el cuidado preventivo de la salud en dichos entornos singulares o diferentes de trabajo, de forma que todos los sectores que las adopten deban acogerse a los mínimos estándares demarcados.

De igual forma afirma el organismo que se deben dictar normas para orientar las directrices mínimas de cuidados sanitarios y ocupacionales, tales como las medidas sanitarias y ocupacionales en espacios abiertos y públicos donde transiten los trabajadores de la economía de plataformas, y en el caso del trabajo a domicilio o teletrabajo, las empresas y los organismos aseguradores de riesgos laborales deben generar pautas de cuidado preventivo en los entornos privados, además de ahondar en la promoción de normas contra el acoso laboral, tan agudizadas en estos tipos de trabajos. Parte de esas políticas se vinculan con aspectos más generales de la regulación del trabajo, como son la reglamentación de la protección al derecho de desconexión laboral, los planes de bienestar y salud ocupacional a desarrollar sin soslayar la importancia que adquiere la promoción y protección de la libertad sindical para garantizar las condiciones de trabajo seguro.

Las nuevas tecnologías aplicadas al trabajo demandan asimismo generar estudios y análisis para la prevención del riesgo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los sectores de implantación de esas innovaciones.

Para la Organización Interamericana de la Seguridad Social, se debe promover desde la norma una serie de herramientas para la actuación preventiva y de cuidado por parte de los inspectores en salud y seguridad laboral.

A contrario de lo que acontece en ciertos países de la región, **las normas sobre inspección deberán reconocer con claridad las facultades de los funcionarios inspectores para que actúen de oficio** en la verificación de las condiciones de bienestar laboral, prevención del riesgo y entorno seguro y saludable del que deben gozar los trabajadores, contando con planes para la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de salud y seguridad laboral en todos los escenarios laborales, incluidas las nuevas formas de trabajo.

Un dato clave a este respecto es dotar a la Inspección del Trabajo de condiciones de autoridad que les habilite el **acceso libre a las instalaciones de los lugares de trabajo y aún recabar el apoyo de la fuerza pública**.

Entre los instrumentos sancionatorios debería incorporarse la propuesta del Objetivo 11 de la Estrategia Iberoamericana de salud y seguridad en el trabajo, que plantea la incorporación de una figura delictiva para el caso de acción u omisión en la prevención o de adopción de medios de seguridad y resguardo en el trabajo atribuible al empleador o quien lo represente. Desde esta óptica, todo Código debería contener ante todo el llamado a la prevención y protección de la salud, pero también dotar de herramientas sancionatorias a la Inspección laboral y a la justicia de cada país. En aquellos casos donde los responsables de generar la prevención de riesgos y el cuidado de la salud incumplan por acción o por omisión sus obligaciones, se debería poder aplicar sanciones de tipo financiero, administrativo y penal.

Información y reporte de accidentes y enfermedad

En esta materia la Estrategia de salud y seguridad en el trabajo de CSA ya citado ofrece una serie de medidas idóneas para el diseño de políticas de prevención de accidentes y enfermedades profesionales, tales como:

- Constituir un órgano Técnico independiente con el objeto de registrar desde el nivel nacional la accidentalidad laboral y de enfermedades laborales;

- Generar una actualización de los listados de enfermedades laborales según los últimos reportes de enfermedad laboral reconocidos judicial o administrativamente y las nuevas modalidades laborales o formas atípicas de contratación. Se debe propender por una revisión y actualización permanente de dichos listados;
- Establecer guías para el reporte que permita al/a trabajador/a informar de otras condiciones del contexto de generación del accidente tales como tipo de vinculación laboral, condiciones laborales y del puesto de trabajo, entre otras;
- Realización de exámenes periódicos de salud para la configuración de una historia clínico laboral de las personas que trabajan;
- Constituir órganos de calificación sobre el origen de la condición de salud del trabajador, valoración del suceso causante del siniestro o enfermedad, todo con el fin que la evaluación sobre el origen de estos riesgos laborales del trabajador se hagan con independencia y no por el mismo actor que debe acompañar su prevención o mucho menos generar la atención.

Propuesta

En síntesis, son lineamientos básicos de un modelo de código del trabajo de la región sobre el derecho a un entorno saludable y seguro en el trabajo en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y los Convenios Internacionales núm. 155, 161 y 187:

- a) La consulta tripartita con las organizaciones sindicales más representativas de trabajadores y empleadores, para formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo y medio ambiente de trabajo.
- b) La prioridad de acciones en salud y seguridad debe focalizarse en los sectores y colectivos más desfavorecidos y vulnerables del mundo del trabajo, atendiendo con normas específicas de protección: a) en el caso de mujeres, jóvenes, migrantes, grupos étnicos, personas con discapacidad y otros señalados en el punto 5 del capítulo introductorio; b) con mayor atención al caso de quienes laboran en sectores tercerizados, maquila, trabajo doméstico, rural y en condiciones de informalidad y en sectores con mayores índices de accidentabilidad, como la minería, construcción, salud, etc.
- c) Los códigos laborales deberán imponer la implementación de obligaciones mediante protocolos particulares de actuación en materia de salud y seguridad que complementen la normativa general a empresas que utilicen mecanismos de tercerización de actividades y sean parte de relaciones triangulares de trabajo

(subcontratación, suministro de mano de obra, intermediación, etc). La normativa deberá prever la delimitación de obligaciones, pero también **la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de los incumplimientos de la tercerizada, consagrando a este respecto el principio de igualdad en cuanto a los beneficios, garantías y protección los trabajadores del área subcontratada en relación con los trabajadores y trabajadoras directos de la empresa contratante.** Desde los Ministerios de Trabajo se deberá ofrecer cooperación en materia de elaboración de esos protocolos, guías o aún normativas específicas para orientar esta responsabilidad solidaria (o imputabilidad) en el cumplimiento del derecho a la salud laboral desde la prevención, promoción y cuidado de todas las condiciones de trabajo.

d) En el caso del trabajo prestado en el ámbito de la economía de plataformas, es necesario desarrollar instrumentos jurídicos que permitan la identificación preventiva de posibles riesgos asociados a estas formas de trabajo o entornos laborales nuevos, producto de los cambios tecnológicos para que las empresas y entidades competentes adopten todas las medidas relacionadas con adecuación de los espacios de trabajo, la plena entrega de herramientas de trabajo, la atención de la salud ocupacional para la prevención del riesgo y la adecuación de jornadas y contrato, entre otras medidas que permitan evitar o reducir al máximo posibles riesgos a la salud y vida del trabajador/a en estos entornos.

e) Establecer con claridad las facultades de los/as funcionarios/as inspectores/as para que actúen de oficio en la verificación de las condiciones de bienestar laboral, prevención del riesgo y entorno seguro y saludable del que deben gozar los trabajadores y trabajadoras, contando con planes para la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de salud y seguridad laboral en todos los escenarios laborales, incluidas las nuevas formas de trabajo, en especial, el trabajo en plataformas digitales. Un dato clave a este respecto es **dotar a la Inspección del Trabajo de condiciones de autoridad que les habilite el acceso libre a las instalaciones de los lugares de trabajo y aún recabar el apoyo de la fuerza pública.**

f) Para reforzar el cumplimiento de las normas de salud y seguridad en el trabajo deberá contemplarse en los códigos la introducción de una sanción penal (además de la responsabilidad civil) para el caso de omisión en la prevención o la falta de adopción de medios de seguridad y resguardo en el trabajo atribuible al empleador o quien lo represente

5

Inspección del Trabajo

La inspección del trabajo es la función pública de la Administración del Trabajo que se encarga de vigilar el cumplimiento de la legislación laboral (disposiciones y normas vigentes).

Como lo ha señalado la OIT en la Guía para los trabajadores (2010)⁹, *“la inspección del trabajo es el instrumento más importante de la presencia e intervención del estado para diseñar, estimular y contribuir al desarrollo de una cultura de prevención que abarque todos los aspectos que potencialmente están bajo su competencia: relaciones laborales, salarios, condiciones generales de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, y cuestiones relacionadas con el empleo y la seguridad social”*.

Para cumplir esos cometidos, debe desarrollar medidas preventivas, educativas (orientaciones y asistencias técnicas) y coercitivas (infracciones laborales).

En atención a la brecha entre “norma” y “realidad” existente en nuestra región según quedó dicho en la introducción, la inspección del trabajo es una pieza fundamental en orden a superar ese déficit de cumplimiento de las normas establecidas en los códigos y leyes laborales en general. Muchas de las observaciones que los órganos de control de la OIT han hecho a los gobiernos tienen que ver, justamente, con las insuficiencias de los sistemas y métodos de control de aplicación de los convenios internacionales y la legislación en general.

En el ámbito americano, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador prescribe en su art. 35° que los trabajadores tienen derecho a que el Estado mantenga un servicio de inspección técnica encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas legales o de trabajo, asistencia, previsión y seguridad social, comprobar sus resultados y sugerir las reformas procedentes.¹⁰

La OEA acordó en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el párrafo 3, inciso B, de su artículo XXVII, relativo a los derechos laborales, que los Estados deberán tomar medidas necesarias a fin de. *“Establecer, aplicar o mejorar la inspección del trabajo y la aplicación de normas con particular atención, entre las regiones, empresas o actividades laborales en las que tomen parte trabajadores o empleados indígenas”*.¹¹

El informe aprobado en el 4° Congreso de la CSA, 2021, reclama en el punto 97.: *“(…) el establecimiento de una adecuada inspección y control, con perspectiva de género, que haga visible lo invisible. Instituciones públicas nacionales de inspección y control fuertes y eficaces para la prevención, el cumplimiento de las obligaciones y sanción para las empresas (...)”*.

La **Plataforma de Desarrollo de la Américas** (versión actualizada 2020) (**PLADA**) desarrolló aspectos relacionados con el fortalecimiento de la inspección del trabajo en los siguientes puntos:

15. (...) los Estados deben fortalecer sus áreas de control, verificación e inspección para garantizar efectivamente el cumplimiento de las políticas públicas y el respeto de los derechos humanos, sociales, políticos, culturales y laborales de la ciudadanía.

⁹ Organización Internacional del Trabajo. (2010). Guía para los trabajadores, La inspección del trabajo lo que es y lo que hace. Ginebra: OIT, p.12

¹⁰ Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

¹¹ Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

126. Promoción de planes nacionales de trabajo decente construidos como espacios de deliberación pública y diálogo social tripartito que incluyan la formalización del empleo con derechos, la elaboración de normas laborales para la juventud, el fortalecimiento de la inspección laboral en los ministerios de trabajo, la generación de empleos formales con derechos, garantías para la negociación colectiva, el ejercicio de la libertad sindical y la seguridad social solidaria.

131. El Estado debe intervenir para garantizar que las instituciones de justicia regulen las situaciones laborales legalmente ambiguas, el fraude empresarial, las relaciones semiautónomas y la tercerización precarizadora. Es fundamental reforzar el control del cumplimiento mediante una adecuada inspección y dotación de recursos.

182. Adecuada inspección y control, con perspectiva de género, que haga visible lo invisible. Instituciones públicas nacionales de inspección y control fuertes y eficaces para el cumplimiento de las obligaciones preventivas y sanción para las empresas. Reforzar los órganos técnicos de salud laboral. La estrategia de promoción de salud laboral debe abarcar todos los eslabones de las cadenas globales de producción e incluir a trabajadoras y trabajadores tercerizados, subcontractados, en condiciones de informalidad o eventuales.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2020, Observación general), ha reafirmado que la inspección del trabajo es una función pública vital, fundamental para promover y hacer cumplir condiciones de trabajo decentes y el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. La existencia de sistemas de inspección del trabajo eficaces también es esencial para alcanzar en los próximos años los Objetivos de Desarrollo Sostenible para 2030, contribuyendo así de manera significativa a la cohesión social, ya que es fundamental para proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores (Objetivo 8, meta 8.8), y desempeña un papel fundamental en el respeto del Estado de derecho y en garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos (Objetivo 16, meta 16.3).

Ámbito de aplicación y funciones del sistema de inspección del trabajo

Un sistema de inspección del trabajo debe tener alcance al universo del trabajo, del ámbito público o privado, rural y urbano, en la economía formal e informal, dependiente o autónomo, respecto de los cuales los inspectores del trabajo están encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. Lamentablemente muchos países de América Latina sólo facultan la inspección del trabajo para el régimen laboral de la actividad privada, dejando a un gran número de trabajadores del sector público y de la economía informal sin control, pese que el CIT 81 no limita su ámbito de aplicación.

Las funciones de la inspección del trabajo están establecidas en el artículo 3. del Convenio 81 OIT:

(a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;

- (b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;
- (c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.

De acuerdo al CIT 81, el alcance del control normativo de la inspección del trabajo incluye cualquier aspecto legislativo relativo a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores, tal y como esté definido en la legislación nacional.

Según dicha norma, son cometidos que podemos considerar básicos de la inspección del trabajo en lo relativo a la salud y seguridad, la vigilancia del cumplimiento, la prevención e investigación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y la prevención y eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Estructura y organización

La inspección del trabajo forma parte de los sistemas nacionales de administración del trabajo, tal como lo estipula el Convenio sobre la administración del trabajo, 1978 (núm. 150). El sistema nacional de inspección del trabajo debería funcionar bajo la vigilancia y el control directo de una autoridad estatal central y no debería estar sujeto al control de las autoridades locales ni depender de ellas en modo alguno para el ejercicio de ninguna de sus funciones. Debe ser un órgano técnico y no expuesto a presiones políticas.

Los servicios de inspección del trabajo deberían ser capaces de trabajar en colaboración con diferentes partes interesadas, pero la función de la inspección del trabajo propiamente dicha debería seguir siendo una prerrogativa pública independiente. Solo un sistema público de inspección que funcione eficazmente puede garantizar la eficacia gracias al carácter disuasorio de las sanciones.

Situación jurídica y carrera profesional de los inspectores del trabajo

Según lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio núm. 81 y el artículo 8 del Convenio núm. 129, el personal de inspección *«deberá estar compuesto de funcionarios públicos cuya situación jurídica y cuyas condiciones de servicio les garanticen la estabilidad en su empleo y los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida»*.

La inspección del trabajo constituye una función pública y, por consiguiente, los inspectores del trabajo deberían ser funcionarios públicos.

Para que los inspectores del trabajo puedan desempeñar sus funciones y misión, su imparcialidad e independencia deben protegerse en todo momento. Estos atributos pueden garantizarse de diferentes maneras; sin embargo, una condición previa es que la estabilidad en el empleo de los inspectores no dependa de consideraciones políticas.

La no politización y la independencia de los inspectores del trabajo consisten en garantizar la autonomía técnica y funcional en la toma de decisiones sobre las actividades y prioridades de inspección.

Los recortes presupuestarios en la partida de gastos sociales de varios países en la región afectan directamente el resultado de las políticas laborales, y concretamente, la realizada por la inspección del trabajo, por lo cual, dependiendo asimismo de la existencia misma de una institucionalidad asentada el nivel o “fuerza” de la fiscalización difiere entre los

países. En muchos casos, los servicios de inspección no cuentan con financiamiento ni personal suficiente¹².

Asimismo, hay que tener en cuenta que para estimar el número ideal de inspectores de trabajo deben tenerse en consideración una serie de factores, tales como: a) la cultura de cumplimiento de la norma existente en los países; b) el número de empresas que conforme a la normativa nacional están bajo la supervisión de la inspección del trabajo (por ejemplo, en algunos países está excluido el sector público); c) los medios idóneos con los que cuenta el inspector del trabajo para hacer las visitas a las empresas; d) la propia geografía del país; etc.

Capacitación

La dinámica del mundo del trabajo y la producción exige una formación continua de parte de quienes tienen la función de supervisar el cumplimiento de las normas laborales. La legislación internacional ha reconocido esta demanda en el art. 7.3) del Convenio 81 cuando prescribe que *«los inspectores del trabajo deberán recibir formación adecuada para el desempeño de sus funciones»* mientras que el art. 9.3) del Convenio 129 establece que *«los inspectores del trabajo en la agricultura deberán recibir formación adecuada para el desempeño de sus funciones, y se deberán tomar medidas para proporcionarles formación complementaria apropiada en el curso de su trabajo»*

Facultades y medidas de control del cumplimiento de la normativa laboral

Los inspectores de trabajo debidamente acreditados están facultados para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección, es decir, las visitas de inspección deben ser inopinadas. Asimismo, podrán solicitar la exhibición de documentación, registros y otros, tomar muestras fotográficas o de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, proceder a cualquier prueba, investigación o examen que se consideren necesario para cerciorarse de que las disposiciones legales se observan estrictamente, interrogar, solos o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales.

Por otra parte, deberán estar habilitados a realizar visitas de orientación y asistencia técnica a los empleadores y a los/as trabajadores/as.

Si de las actuaciones inspectivas resultara que los inspeccionados no han acreditado el cumplimiento de las normas sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo, deberán ser pasibles de multas administrativas y hasta de sanciones penales, según se ha dicho en el cap. anterior.

De acuerdo a la realidad de la región, el poder disuasorio de las multas es un aspecto relevante, ya que, al tener un número insuficiente de inspectores de trabajo y escasos recursos materiales y financieros, el número de visitas inspectivas a los centros de trabajo no son las necesarias, por lo cual establecer multas elevadas tiende a generar una cultura de cumplimiento.

¹² OIT. La economía informal y el trabajo decente: una guía de recursos sobre políticas, apoyando la transición hacia la formalidad. Ginebra: OIT, 2013. Véase también OIT. Fundamentals of labour administration. Ginebra: OIT, 2010.

Propuesta

Son lineamientos del modelo de código de trabajo de la región en materia de inspección del trabajo y en el marco del Convenio núm. 81 de la OIT y demás normas de carácter internacional citadas los que se señalan seguidamente:

- a) La función de la Inspección del trabajo deberá consistir en vigilar el cumplimiento de las normas laborales (convenios internacionales, constitución, ley, convenios colectivos, decretos, etc) mediante tareas de prevención, formación, control y sanción de incumplimientos en todas las empresas (públicas o privadas) y en todos los eslabones de las cadenas globales de producción;
- b) Las normas sobre inspección deberán tener en cuenta las particularidades que presenten los colectivos de personas discriminadas, como las señaladas en el punto 5 del cap. introductorio;
- c) En relación a los controles, la inspección deberá aplicarse a las condiciones de trabajo y de salud, seguridad, ambiente laboral y edilicias, incluyendo la prevención y supresión del acoso y violencia en el trabajo;
- d) La inspección deberá organizarse mediante sistemas públicos, cuyos funcionarios ingresen mediante concurso de pruebas y/o méritos en aplicación de los principios de transparencia, igualdad, mérito y aptitud, para realizar sus funciones con independencia, imparcialidad y autonomía técnica y funcional

DERECHO COLETIVO DEL TRABAJO

1

Libertad sindical

Uno de los problemas claves de la legislación laboral latinoamericana lo constituye sin dudas la postración del derecho a la libertad sindical por la excesiva reglamentación de tipo legal y administrativo que, lejos de fomentar la autonomía de las organizaciones de trabajadores/as, tiende a limitar y disciplinar el surgimiento y la actividad de los sindicatos, según quedó ya dicho en la caracterización que se hiciera en la Introducción de estos Lineamientos.

Ha una larga “jurisprudencia” del Comité de Libertad Sindical y observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT sobre la legislación de los países de la región que dan acabada cuenta de esta realidad. La reciente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es coincidente también con una conceptualización amplia del concepto de libertad sindical, que además incluye una perspectiva de género.

Concepto y significación de la libertad sindical

Las definiciones teóricas sobre la libertad sindical, cuando tomamos distancia de lo que expresan puntualmente las normas nacionales e intentamos sintetizar un concepto genérico, giran en torno a la idea del *conjunto de derechos, potestades, privilegios, e inmunidades que posibilitan el ejercicio libre de la actividad sindical*. Esta primera aproximación, puede representarse también proponiendo a la libertad sindical como una batería de herramientas que poseen los trabajadores -en tanto sujetos de derecho individual-, y las organizaciones sindicales -sujeto plural y colectivo- para ejercer y desarrollar en plenitud sus derechos sindicales.

La libertad sindical comprende, entre otros derechos, el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos, a afiliarse a ellos, a la protección frente a las acciones antisindicales de sus empleadores y de los Estados, y al mismo tiempo, es la condición necesaria para posibilitar el desarrollo de la negociación colectiva y el ejercicio del derecho a la huelga con el objeto de impulsar la mejora de las condiciones de trabajo, la defensa de los intereses de la clase

trabajadora, y la lucha permanente por conquistas sociales que posibiliten el camino para la construcción de una sociedad basada en la equidad y la justicia social.

Expresada la libertad sindical como una pluralidad de acciones, ellas le garantizarán a un trabajador, o grupo de trabajadores organizados en un sindicato, la defensa y promoción de los intereses sociopolíticos de clase que representan, para lo cual podrán realizar una acción sindical determinada, no realizarla, exigir al Estado que remueva un obstáculo que limita el ejercicio de su derecho, y aún más, exigir al Estado que le garantice el ejercicio de ese derecho.

La libertad sindical no es un derecho enunciativo, declarativo, o testimonial. Se trata de un derecho directo, de ejercicio permanente y, por tanto, debe ser garantizado por el Estado para que nadie impida su goce pleno. La libertad sindical constituye un concepto sociológico, e ideológico, y toma la forma de un derecho subjetivo que se expresa en normas internacionales y nacionales del máximo nivel tuitivo.

La importancia de la garantía de la libertad sindical está en el corazón de las luchas del movimiento sindical. No alcanza con la consagración del derecho en los textos de las declaraciones de derechos humanos y en los Convenios Internacionales del Trabajo: las personas tienen un derecho cuando pueden ejercerlo, no cuando pueden leerlo en una norma. La consagración normativa es importante, pero la formalización del derecho no siempre garantiza su goce efectivo.

Siendo una garantía esencial de quienes trabajan en relación de dependencia, debería problematizarse que la libertad sindical comprenda al derecho a la agremiación de los empleadores. No obstante, el Convenio N° 87 de la OIT *sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación*, tutela la protección del derecho de los empleadores de agruparse para representar sus intereses bajo la denominación común de libertad sindical, aunque respecto de este sector sería más correcto y menos confuso, adoptar el término *libertad de asociación* que la propia OIT emplea en la Declaración de Filadelfia.

Atento a lo señalado, el concepto de libertad sindical engloba a las garantías de organización de los empleadores y el ejercicio de sus derechos colectivos.

Contenido de la libertad sindical

Desde una perspectiva jurídica clásica la libertad sindical consiste en el **derecho que tienen los trabajadores y los empleadores, individualmente o en forma colectiva, para organizarse en asociaciones y desarrollar acciones de defensa de sus intereses sin interferencias, y bajo la garantía del Estado.**

La libertad sindical presenta la doble dimensión de lo individual y lo colectivo, por ello su goce efectivo, y las garantías de su ejercicio, estarán en cabeza del trabajador individual y de la organización sindical a la cual pertenece.¹³

Como parte de los Derechos Fundamentales reconocida por las normas internacionales y a nivel constitucional, la libertad sindical califica la calidad de un sistema

¹³ Habiendo hecho la aclaración sobre la extensión del concepto de libertad sindical a los empleadores y sus organizaciones, nos concentraremos ahora solamente en los contenidos referidos a los trabajadores y los sindicatos.

político, en la medida que su incumplimiento constituye un déficit en materia democrática en su dimensional económica y social.

En este sentido, corresponde recordar en este punto el vínculo estrecho de la libertad sindical y las libertades civiles, tal como está contenido en la Resolución que a ese respecto adoptara la OIT en 1970.

Libertad sindical individual

La libertad sindical individual comporta el derecho que tienen los/as trabajadores/as de crear organizaciones y de afiliarse o desafiliarse a ellas sin interferencias de ningún tipo.

Suele clasificarse a la libertad sindical individual como positiva o negativa según implique, en términos genéricos, un derecho de *hacer*, o de *no hacer*.

La *libertad sindical individual positiva* se compone por una serie de derechos tales como desarrollar actividad sindical - activismo/militancia - exista o no una organización sindical; constituir una asociación sindical; afiliarse a un sindicato existente; participar de la vida interna del sindicato -elegir, ser elegido, actuar sindicalmente-; no ser expulsado de la organización ni sancionado sin justificación y debida defensa y el derecho a no ser discriminado.

La *libertad sindical individual negativa* tiene por objeto proteger al trabajador de cualquier situación que condicione su derecho de participación libre obligándolo a la sindicalización compulsiva. Se manifiesta en el derecho a no afiliarse, o a desafiliarse según el caso.

Así como el trabajador tiene derecho a participar sindicalmente, y ese derecho debe ser garantizado para su efectivo goce, el trabajador tendrá también derecho a no participar si así lo desea y, por tanto, dicho derecho debe ser debidamente tutelado. Este tema se vincula en forma directa con las denominadas *cláusulas sindicales*, una práctica extendida, consagrada en algunas legislaciones, por la cual, a través de distintos mecanismos contractuales, se promueve directa o indirectamente la afiliación a determinado sindicato que administra la nómina de ingreso de personal, y en donde la afiliación resulta una condición para ingresar a trabajar, o mantener el trabajo.

Libertad sindical colectiva

Este aspecto de la libertad sindical tiene como sujeto al sindicato, y también podemos agruparlo según sus notas positivas o negativas.

La *libertad sindical colectiva positiva* estará constituida por las acciones que garantizan la autonomía, independencia, y autodeterminación de los sindicatos frente al Estado, frente a los empleadores, y aun frente a otras organizaciones sindicales.

Frente al Estado, la libertad sindical contempla el derecho que tienen los sindicatos al otorgamiento de la personalidad jurídica que no puede ser negado por la autoridad gubernamental. Asimismo, la garantía frente al Estado consiste en la imposibilidad de disponer la suspensión o disolución de un sindicato sin un debido proceso judicial con garantía de defensa.

La *autonomía sindical* implica la libertad que poseen los sindicatos para decidir el modelo organizativo estatutario, su estructura de gobierno y toma de decisiones, el

programa de acción, y los marcos de alianza. En definitiva, en este punto encontramos en su máxima expresión el ejercicio de la acción sindical colectiva de defensa de los intereses de los trabajadores sobre el cual debe recaer la máxima protección legal.

Así como en el plano de la libertad sindical individual encontrábamos el derecho a fundar sindicatos, en el ejercicio colectivo de la libertad sindical destacamos el derecho de los sindicatos a agruparse -crear o adherirse- en federaciones y confederaciones, tanto en el plano nacional, como en el nivel regional e internacional.

Finalmente, el derecho a la libertad sindical, a la autonomía sindical, implica la garantía de no intromisión por parte de los empleadores y sus organizaciones en la actividad sindical a través de prácticas antisindicales como la formación de sindicatos controlados, subvenciones económicas que favorezcan a una organización por sobre otras, promover la desafiliación, o cualquier otra acción tendiente a influir sobre la decisión libre de los trabajadores.

La garantía frente a la acción antisindical de los empleadores se manifiesta en el denominado *fuero sindical* integrado por un conjunto de medidas que tienen por objeto asegurar el normal desarrollo de la actividad del militante o dirigente sindical, protegiéndolo de la acción del empleador dirigida a impedir o menoscabar la tarea sindical, entre ellas el despido, o cualquier otra medida cuando sean motivadas en la participación sindical del trabajador.

En cuanto a la *libertad sindical colectiva negativa*, su principal manifestación es el derecho de un sindicato a no federarse, o en su caso a renunciar a su integración federativa. Adicionalmente se agrupa en esta clasificación a las prohibiciones genéricas de injerencia en la actividad sindical que tienen el Estado, y los empleadores.

La libertad sindical como parte de los Derechos Humanos

El derecho a la libertad sindical se encuentra contemplado en los principales tratados internacionales de derechos humanos. Desde su consagración en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948)* en cuyo art. 23° pár.4° se expresa que *“toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”*, las distintas convenciones globales han fortalecido la protección en el entendimiento de que se trata de un derecho humano fundamental que constituye una condición necesaria para que las personas accedan a otros derechos. En palabras de Oscar Ermida Uriarte *“...está universalmente admitido que no es posible el desarrollo de la libertad sindical sin la preexistencia efectiva de los demás derechos humanos y que tampoco es posible el completo ejercicio de éstos, sin la vigencia de aquella. En otras palabras, la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de los otros derechos humanos y viceversa”*.

En el mismo sentido, recientemente la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* en su Opinión Consultiva sobre *“libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”* ha expresado que la libertad sindical permite el ejercicio de otros Derechos Humanos, entendiendo que *“la protección de la libertad sindical cumple una importante función social, pues la labor de los sindicatos y de otras organizaciones de empleadores y trabajadores permite conservar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y trabajadoras, y en esa medida su protección permite la realización de otros derechos humanos”*.

El *Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos de Naciones Unidas (1966) también contemplaron la tutela a la libertad sindical como factor de garantía del desarrollo, la paz y la justicia social.

En el plano regional se registra un proceso similar. La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos (1948), seguida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica (1969), y el Protocolo de San Salvador (1988), entre otros instrumentos, contienen expresamente cláusulas de reconocimiento y protección de la libertad sindical. No debe soslayarse la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, una norma modelo, llena de contenido protectorio de la libertad sindical, y poseedora de una tradición de diálogo social en su formulación.

También en el plano de los Tratados Internacionales especiales, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como la Convención Belém do Pará (1994), o la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial (1965), se tutela especialmente el derecho a la libertad sindical. Estos tratados tienen especial importancia porque avanzan sobre **nuevas dimensiones de la libertad sindical instando a los gobiernos a desarrollar políticas públicas de promoción e impulso, que no se queden en las formalidades de la igualdad normativa y trasciendan a la búsqueda de la inclusión y la igualdad, mediante acciones concretas.**

La garantía del derecho a la libertad sindical debe ser acompañada por la realización de políticas públicas, medidas positivas que permitan revertir la situación de negación de derechos, cambiar prácticas de discriminación en el empleo, y ello conlleva a que el Estado deba avanzar realizando acciones que, por ejemplo, **garanticen la igualdad real entre hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos sindicales**, para lograr una participación equilibrada y proporcional de los hombres y las mujeres en el espacio laboral, adoptando medidas dirigidas a eliminar las barreras que impidan a las mujeres participar activamente en sindicatos, así como en sus cargos de dirección, y de esa forma tener una participación activa en la toma de decisiones, según lo ha dispuesto la reciente Opinión Consultiva 27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una mirada actual de la libertad sindical como derecho humano requiere de una perspectiva más profunda, con transversalidad de género e interseccionalidad, que ponga el foco en la garantía de la libertad sindical para los colectivos genéricos, pero que al mismo tiempo se detenga a iluminar y proteger a los colectivos que sufren mayores vulneraciones y requieren de políticas específicas dirigidas a corregir debilidades estructurales. Nos referimos a las mujeres, los jóvenes, al colectivo LGBTQI, a los pueblos originarios y afrodescendientes, que requieren de políticas públicas que reconozcan los problemas existentes, y a partir de allí, garanticen el derecho a la libertad sindical mediante políticas activas.

La consagración de la libertad sindical en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos implica una obligación de cumplimiento por parte de los Estados que los suscriben, en los términos de vigencia que establecen las propias condiciones de cada Convención. Asimismo, los Estados -que son quienes deben garantizar el respeto de los derechos humanos dentro de sus fronteras territoriales- están sujetos a la denuncia frente al incumplimiento ante las correspondientes instancias internacionales. Estas instancias judiciales internacionales, han permitido en los últimos años importantes triunfos de los trabajadores,

especialmente en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obligando a los Estados a reparar daños ocasionados por la falta de garantía del derecho a la libertad sindical.

La libertad sindical en los Convenios Internacionales del Trabajo, bases de unos lineamientos para la región

El respeto y la protección del derecho a la libertad sindical constituyen la base de los fundamentos filosóficos de la Organización Internacional del Trabajo desde su fundación, reafirmada a lo largo de su historia, y reglada a partir del progreso permanente de su función normativa fruto del diálogo social tripartito.

Dichas normas constituyen un modelo de derechos a la autonomía y libertad que las reformas laborales en la región latinoamericana deberían seguir.

La libertad sindical se encuentra tutelada por más de una veintena de normas¹⁴, pero sin dudas, el esquema de protección encuentra su centro en los Convenios N°87 sobre la libertad sindical y protección del derecho de la sindicación (1948) y el Convenio N°98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), que además constituyen el núcleo jurídico sobre el cual se diseñó el mecanismo de control para garantizar el cumplimiento del derecho a la libertad sindical.

El Convenio 87 establece el reconocimiento del derecho a la sindicalización de los trabajadores del sector público y privado (art. 2); el derecho a la constitución de organizaciones *“sin autorización previa”* (art. 2 y 7); el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones *“que estimen convenientes”*, lo cual implica el derecho a la pluralidad sindical (art. 2); el derecho a la libre afiliación (art. 2); el derecho a redactar sus propios Estatutos y Reglamentos (art. 3); el derecho a la libre elección de sus representantes (art. 3); el derecho a organizar su administración; el derecho a organizar libremente sus actividades y formular su programa de acción del cual deriva el derecho a la negociación colectiva y el ejercicio del derecho a la huelga (art. 3); la prohibición de disolución o suspensión de los sindicatos por vía administrativa (art. 4); el derecho de constitución de federaciones y confederaciones y el derecho de afiliación a organizaciones internacionales (art. 2 y 5).

Por su parte, el Convenio 98 cuyo objeto incluye la protección de la libertad sindical y la promoción de la negociación colectiva¹⁵, avanza en la protección contra la discriminación antisindical (art. 1); la protección de las organizaciones contra actos de injerencia (art. 2); y ordena la creación de organismos de control y protección de la libertad sindical (art. 3).

Como un mecanismo de fortalecimiento de la protección y garantía de cumplimiento de las normas internacionales por parte de los Estados, la OIT en su Conferencia de 1998 aprobó la *“Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”*, en la que se establece que *“todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales, -entre los que se encuentran los Convenios N° 87 y 98-, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos Convenio”*. Esto implica que los

¹⁴ Convenios 11, 84, 135, 141, 144, 151, 154. Recomendaciones 91, 92, 94, 113, 129, 130, 143, 149, 152, 159, 163. Resoluciones de 1952, 1955, 1961, 1964, 1968, 1970.

¹⁵ Complementado por el Convenio N° 151 que amplía los términos de la protección a los servidores públicos.

Convenios Fundamentales cobran obligatoriedad, vigencia, y son exigibles a todos los Estados miembros de la OIT más allá de que hayan efectivizado o no la ratificación del instrumento.

La preocupación de la Organización Internacional del Trabajo por garantizar la vigencia de la libertad sindical, y el cumplimiento de las Normas Internacionales del Trabajo que la regulan, la llevó a establecer una serie de procedimientos de control regular y especial por quejas a la violación de la libertad sindical.

El “control regular” de la OIT se configura a través del envío de memorias que los Estados, con las observaciones de los actores sociales (sindicatos y organizaciones de empleadores), deben remitir cada tres años en el caso de los Convenios fundamentales y prioritarios para el examen de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones.¹⁶ Estas memorias se refieren al nivel de cumplimiento de las Normas Internacionales del Trabajo, y en su caso, cuáles son las políticas que adopta el gobierno para regularizar los incumplimientos detectados.

Los Expertos preparan un informe anual con sus observaciones sobre la información recibida, el cual constituye el insumo principal para que los actores sociales seleccionen 25 casos que son objeto de análisis particular en la Comisión de Aplicación de Normas que constituye una instancia permanente de sesión anual de la Conferencia Internacional del Trabajo. El debate y exposición de estos casos culmina con la adopción de conclusiones en las cuales se promueve la solución concertada con base al diálogo social y a la cooperación técnica de la OIT acerca de los problemas señalados por los Expertos, y ventilados en la discusión pública.

El “control especial” se lleva adelante fundamentalmente a través del *Comité de Libertad Sindical*, órgano tripartito de 9 miembros titulares y 9 suplentes, todos ellos miembros del Consejo de Administración, que es presidido por una personalidad independiente. Este órgano se reúne 3 veces al año y examina las quejas presentadas ante la OIT motivadas en violaciones a la libertad sindical. El trabajo de este Comité que - se expide a través de *recomendaciones* - ha permitido eliminar medidas restrictivas a la libertad sindical, liberar dirigentes detenidos privados de su libertad por ejercer sus derechos sindicales, reintegrar trabajadores a sus puestos de trabajos en casos de discriminación y afectación de sus empleos, y operar en el reconocimiento de numerosas organizaciones sindicales. No obstante, año tras año se incrementan las denuncias por persecución, violencia, y acciones antisindicales que violentan el derecho a la libertad sindical.

Muchos países de la región son constantemente observados mediante estos procedimientos por no cumplir adecuadamente con los convenios sobre libertad sindical. Sobre la base de dichas observaciones deberían discurrir las modificaciones a introducir en los códigos, leyes nacionales y en las políticas laborales de los gobiernos

Propuesta

En síntesis, son Lineamientos para un modelo de código laboral para la región en el marco de los CIT 87 y 98, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales

¹⁶ Comisión técnica integrada por juristas de probada calificación en el campo del derecho del trabajo.

y culturales y la Opinión Consultiva núm, 27/21 sobre los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos, con perspectiva de género de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- a) Definir a la libertad sindical como el conjunto de derechos, potestades, privilegios, e inmunidades de las personas que trabajan y de sus organizaciones que, en el marco del CIT 87 y 98 posibilitan el ejercicio libre, la protección y la promoción de la actividad sindical, incluyendo la negociación colectiva y la huelga;
- b) Consagrar los principios de autonomía, independencia, y autodeterminación de los sindicatos frente al Estado, frente a los empleadores, y aun frente a otras organizaciones sindicales. En especial, la *autonomía sindical* debe entenderse como la libertad que poseen los sindicatos para decidir acerca del número de integrantes del sindicato, el modelo organizativo estatutario, su estructura de gobierno, la toma de decisiones, el programa de acción, y los marcos de alianza;
- c) Todas las personas que ejercen actividad sindical deben en su conjunto estar protegidas frente a toda acción del empleador dirigida a impedir o menoscabar la tarea sindical o perjudicarlas en su empleo, entre ellas el despido, o cualquier otra medida cuando sean motivadas en la participación sindical. Cualquier acto discriminatorio debe ser considerado nulo, con el efecto de la inmediata reposición o reinstalación del/a trabajador/a;
- d) Debe promoverse y garantizarse la igualdad real entre hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos sindicales con el objetivo de alcanzar una participación equilibrada y proporcional en el espacio laboral, para lo cual deberán adoptarse medidas dirigidas a eliminar las barreras que impidan a las mujeres participar activamente en sindicatos, así como en sus cargos de dirección, y de esa forma tener una participación activa en la toma de decisiones;
- e) Las disposiciones sobre igualdad en materia de libertad sindical deberán comprender una perspectiva de transversalidad de género, transculturalidad, interseccionalidad y generacional, que ponga el foco en la garantía de la libertad sindical para los colectivos genéricos, con atención a quienes sufren mayores vulneraciones con el objetivo de reforzar las garantías de libertad sindical para colectivos tales como jóvenes, LGBTQI, pueblos originarios y afrodescendientes y otros señalados en el punto 4 del capítulo introductorio.

2

Derecho de huelga

Uno de los derechos más pertinazmente desconocidos, limitados y hasta judicializados en la región latinoamericana es el de huelga. Sobre el derecho de huelga pesan una serie de prejuicios y prohibiciones que niegan un instrumento que es absolutamente esencial para los/as trabajadores/as, puesto **que tiene el valor de constituir un medio de recomponer ciertos márgenes de igualdad en las relaciones laborales, dado que la relación individual de**

trabajo es inherentemente desigual y solo encuentra algún grado de equiparación a través de la acción colectiva de la organización sindical.

Además de ser un derecho fundamental, la huelga es un mecanismo de garantía del cumplimiento de otros derechos, dado que constituye un medio de respuesta rápida a las conductas arbitrarias que puedan desplegar los empleadores en el ejercicio del poder directivo, sin desconocer que la huelga tiene también una función de búsqueda de entendimientos, mejora de las condiciones de trabajo y de defensa del interés de los trabajadores/as que no se limita a las condiciones de trabajo emergentes de los procesos de negociación colectiva.

Desde ese punto de vista, la huelga, como los mismos sindicatos, tiene una función “sociopolítica” que la OIT le ha reconocido, en el sentido que no se encuentra limitada al reclamo laboral en oportunidad de la negociación de un convenio colectivo, sino que tiene una dimensión mayor que se vincula con el interés más general de las organizaciones de trabajadores/as sobre aspectos que tienen que ver con la esfera de las políticas económicas, sociales y culturales que puedan incidir la vida y bienestar del trabajador/a y su familia.

La reforma laboral por lo tanto en la región americana debería contener tres aspectos básicos:

- a) Reconocimiento de la huelga como derecho fundamental sin Intervención del Estado en el proceso de adopción de decisiones;
- b) Concepto amplio de huelga comprensivo de las distintas modalidades de ejercicio del derecho;
- c) La finalidad de la huelga no se reduce únicamente a la defensa del interés profesional de los trabajadores al momento de la negociación colectiva, sino que alcanza a los intereses sociales y políticos en sentido amplio

Reconocimiento de la huelga como Derecho Fundamental sin intervención del Estado en el proceso de adopción de decisiones

La huelga es un derecho fundamental de los trabajadores/as reconocido por el Estado Social de Derecho, siendo una de las manifestaciones de la libertad sindical, la cual opera en pro de mejorar las condiciones de trabajo y de vida de la clase trabajadora, que busca corregir entre otras cosas la desigualdad material existente en la relación individual de trabajo.

La huelga, en tanto derecho fundamental del Estado Social, encuentra consagración normativa internacional.¹⁷

¹⁷ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El PIDESC, en su art. 8, numeral 1, inciso d), que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: (...) d) el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.*” Estos ingresan al Convenio nº 87 de la OIT, con una cláusula de salvaguarda de la intangibilidad (se encuentra en arts. 8.3 del PIDESC y 22.3 del PIDCP): “*Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.*”

En su evolución jurídica, la huelga pasó de ser considerada un delito, luego un incumplimiento contractual, una mera libertad y finalmente un Derecho Fundamental reconocido en tratados internacionales de Derechos Humanos.

En consideración del carácter de derecho fundamental, impone reservas a los poderes públicos mediante condicionamientos que impiden su minusvaloración en el juego de relacionamiento con otros derechos e intereses.

Es elemental apreciar que el derecho de huelga no se repliega a la noción de bien común o interés público, sino que constituye un medio de autotutela colectiva del interés de quienes se encuentran en una posición hiposuficiente en materia económica y social, pese a que, desde el punto de vista político, sean ciudadanos iguales.

Por esa razón, la huelga lejos de ser un fenómeno antisocial o antidemocrático es un derecho fundamental de la democracia y de la sociedad capitalista.

En términos generales la única limitación que puede admitirse al ejercicio amplio del derecho de huelga tiene que ver con la protección de ciertos y precisos derechos como son el derecho a la vida, la seguridad y la salud de las personas, en una formulación que la OIT sintetiza en el concepto de “servicios esenciales” en sentido estricto.

Buena parte de las observaciones que los órganos de control de la OIT han hecho a los países de la región latinoamericana tienen que ver con una aplicación abusiva del concepto de servicio esencial o con limitaciones o hasta prohibiciones de su ejercicio con base en enumeraciones previstas legalmente de actividades que no pueden considerarse esenciales, o con decisiones arbitrarias de la autoridad laboral en torno a su determinación.

Otra forma de limitación muy corriente en la región consiste en la introducción de controles del quórum y/o las mayorías de las asambleas que deben adoptar la decisión de convocar la huelga, o en establecer definiciones restrictivas del derecho con base en concepciones como la de entender que la huelga es únicamente la “suspensión colectiva del trabajo”, desconociendo así las múltiples modalidades que puede adquirir el fenómeno huelguístico.

Para los trabajadores y las trabajadoras ha sido un riesgo cierto en la región la reglamentación legal de la huelga, puesto que se constituyó en un mecanismo extendido de limitación del derecho: la intervención del Estado en la toma de decisiones de las organizaciones sindicales socava la autonomía y libertad sindical y conculca gravemente el derecho fundamental a la huelga.

Siendo el derecho de huelga uno de los derechos fundamentales de los trabajadores/as y de sus organizaciones, constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales, según quedó dicho.

La legislación laboral lejos de limitar el derecho de huelga, debe ampararlo con las solas excepciones permitidas por el derecho internacional, ya que de esa manera coadyuva a la igualdad de las posiciones del/a trabajador/a en la relación de trabajo.

Al restringir el ejercicio del derecho de huelga, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos agravan la diferencia de condiciones del/a trabajador/a frente al empresario en la relación individual de trabajo.

De esta forma, en el caso que una legislación latinoamericana establezca las condiciones y requisitos previos para que una huelga se considere lícita, dichos extremos no deberían provocar que en la práctica resulte imposible producir una huelga legal, como suele suceder en la práctica de muchos sistemas jurídicos de la región. A lo sumo, podría indicarse que la huelga deba ser pacífica, como señalan muchos pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical. Pero no más que eso.

En cualquier caso, la facultad de declarar la ilegalidad de la huelga no debería recaer en un órgano administrativo, sino que correspondería al Poder Judicial, siempre que la institucionalidad del mismo pueda asegurar independencia y objetividad.

Asimismo, el Estado debe abstenerse de aplicar sanciones a los trabajadores cuando participen en una huelga legal.

De acuerdo a los criterios del Comité de Libertad Sindical de la OIT, el ejercicio del derecho de huelga puede limitarse o prohibirse únicamente respecto:

a) de los funcionarios y funcionarias públicos únicamente en tanto actúen como órganos del poder público **que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado** (Ministros de Estado, etc); y

b) a los trabajadores y las trabajadoras de los servicios esenciales.

Vale reproducir en esta parte la concepción que la OIT tiene respecto de las situaciones señaladas en los literales a) y b) anteriores, ya que podrían constituir las únicas compatibles con la limitación del derecho de huelga.

Así, las únicas restricciones que admiten los órganos de control de normas de la OIT pesan sobre la huelga ejercida por los “funcionarios públicos”, entendiendo por tales, **no los empleados de la administración ni los afectados a la prestación de servicios públicos, sino aquellos que actúan como “órganos del poder público” o que “ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado”**.

En cuanto a los servicios esenciales, la doctrina de los órganos de control normativo de la OIT no se ha limitado a definirlos en el sentido estricto del término, sino que ha podido también determinar un listado de actividades calificadas como tales, y asimismo, como contrapartida, excluir otras actividades de esa calificación. Según el Comité de Libertad Sindical, pueden ser considerados **servicios esenciales en sentido estricto aquellos que resultan básicos para la vida, salud y seguridad** de toda o parte de la población, como *el sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios de abastecimiento de agua; los servicios telefónicos; el control de tráfico aéreo*.

Por otra parte, en el caso de los servicios esenciales, no se trata de una prohibición absoluta del ejercicio de la huelga, sino que las legislaciones prevén que se garanticen servicios mínimos en aquellas actividades para que se proteja la vida, la seguridad y la salud de las personas.

El concepto legal de servicio esencial deberá ser suficientemente estricto como para que no se traduzca, como sucede en muchos países de la región, en una forma de obstaculizar o impedir la huelga.

Finalmente, debe decirse que podría admitirse, que los Estados establezcan el cumplimiento de ciertas condiciones previas en el marco de la negociación colectiva y la conciliación antes de optar por el mecanismo de la huelga, siempre que se respete la garantía de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras y el principio de autonomía y autotutela.¹⁸

Concepto amplio de huelga comprensivo de los distintos fines y modalidades de ejercicio del derecho

La legislación laboral en materia de derecho de huelga debería seguir la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT en cuanto a la amplitud que se reconoce al fenómeno y por tanto, al derecho mismo.

En este sentido, podemos diferenciar entre distintos “tipos” de huelga, que suponen la existencia de sus elementos fundamentales: a) intención de causar daño en el patrimonio o actividad del empleador/a; b) la voluntad del conjunto de trabajadores y trabajadoras; y c) la ejecución misma de la medida.

Los modos de ejecución de la huelga dependen de las decisiones que adopten los grupos de trabajadores/as, dependiendo del lugar y momento en el que se realiza.

Clasificación de los tipos de huelga

a) Aquellas que implican cese de la prestación laboral

a.- 1) huelga indefinida: refiere a aquella medida que se extiende sin plazo, hasta que se doblega una de las partes. En la actualidad se encuentra en desuso.

a.- 2) huelga por tiempo determinado: el tiempo de duración de la medida se encuentra delimitado, dependiendo de la coyuntura: a veces de manera estratégica tiende a llevarse a cabo en el momento de máxima producción o prestación de servicio de la empleadora.

a.- 3) huelga parcial: el límite de la huelga se establece en términos espaciales, por ejemplo, en determinado ámbito de la producción.

a.- 4) huelga articulada: la paralización de las actividades en distintos sectores se realiza de manera encadenada, en un sentido vertical u horizontal.

a.- 5) huelga neurálgica: se da en sectores estratégicos de la producción de los cuales depende el resto, que no pueden desarrollar el trabajo.

a.- 6) huelga intermitente: medidas que se realizan en diferentes momentos, especialmente en los de mayor actividad para que tenga mayor efecto la afectación y la presión a la parte empleadora.

a.- 7) huelga de brazos caídos: aquí se refiere al “paro”, esto es la cesación de la prestación laboral realizada en el lugar de trabajo y durante la jornada laboral.

¹⁸ Resumen Oficial de OC-27/21 emitido por la CIDH sobre párrafo de Huelga.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/89373-cidh-opinion-consultiva-oc-2721-derechos-libertad-sindical-negociacion-colectiva-y>

a.- 8) ocupación de lugar de trabajo: los/as huelguistas y permanecen en el local de la empresa más allá de la jornada de trabajo, tendiendo así a evitar o dificultar el recambio de trabajadores/as en el cambio de turno.

b) Aquellas que no implican cese de la prestación laboral

b.- 1) huelga relámpago: supone una acción de huelga de pocos minutos de duración; casi siempre es la premisa de otras medidas que le suceden en el devenir del conflicto.

b.- 2) trabajo a desgano: se reduce la producción, pero sin interrupción de la prestación laboral en su totalidad.

b.- 3) trabajo a reglamento: supone el cumplimiento y la observancia minuciosa de la actividad laboral; se trata de cumplimentar el trabajo de forma detallada pero no la realización de tareas no previstas explícitamente en el contrato o convenio colectivo.

b.- 4) huelga activa: se genera más labor de la correspondiente, produciéndose más de lo debido o esperado.

b.- 5) Quite de colaboración: negativa a cumplir tareas en las horas extraordinarias en los casos que la patronal está autorizada a pedir que se realicen.

Medidas de carácter complementario: bloqueo y piquete.

c) Transformación de medidas de acción colectiva en las llamadas "TICs"¹⁹.

A partir de las nuevas formas de trabajo y la implementación de las innovaciones tecnológicas, la acción colectiva se modifica en la ejecución de la medida de huelga. Así puede distinguirse:

c.- 1) Desconexión masiva digital (Crowdwork off line): refiere a un apagón y/o desconexión de los/las trabajadores/as de plataformas, realizado de forma masiva y coordinada.

c.- 2) Netstrike: generación de un daño en una determinada página web, mediante, por ejemplo, una utilización masiva del sistema, que ralentiza un servicio determinado.

c.- 3) flashmobbing: panfletos o publicaciones virtuales en las que se invita a una movilización de protesta, por ejemplo, en el caso de compras de productos en las que se introduce la sigla del gremio, o compras virtuales que contengan leyendas del reclamo.

En definitiva, la huelga pone de relieve que los sindicatos son actores fundamentales en un sistema democrático. **Para la CSA,** *"Con sus valores permanentes de solidaridad y no discriminación, y mediante su presencia y papel en los lugares de trabajo y en la sociedad, los sindicatos tienen una capacidad única para trabajar por la democracia y el ejercicio pleno de los derechos humanos para el conjunto de la ciudadanía del continente. La búsqueda de un paradigma de desarrollo alternativo al neoliberalismo por parte de los Estados requiere la construcción de una agenda sindical proactiva en el área de la cooperación internacional,*

¹⁹ García, Héctor. (2021) "Nuevas Tecnologías e innovaciones en los sujetos de las relaciones de trabajo y en los modos de exteriorización del conflicto laboral colectivo. Una introducción a la noción de esquirolaje tecnológico", en "El Trabajo en la economía de plataformas", Caparros L. y García H.O. (coordinadores), Ed. Ediar, CABA, p. 1147-1152.

*partiendo del presupuesto de que los sindicatos son actores del desarrollo y de la promoción de la democracia”.*²⁰

Esta visión en clave socio política de los sindicatos hace que la negociación colectiva, y sobre todo, la huelga, deban redimensionarse para constituirse en un instrumento idóneo para dar respuesta pertinente a esa concepción amplia del papel que se espera desempeñen las organizaciones de trabajadores en las sociedades modernas.

En consecuencia, el papel de los sindicatos respecto del conjunto de la ciudadanía determina que la huelga no se reduzca al reclamo por mejoras salariales y de condiciones de trabajo en oportunidad de la negociación colectiva, sino **que la defensa del interés general de los trabajadores y la búsqueda de desarrollos alternativos al neoliberalismo hacen que su finalidad se “resignifique” y alcance a temáticas socio económicas más extendidas.**

En sintonía con esta concepción, la OIT ha reconocido que el derecho de huelga es un concepto amplio y puede llevarse a cabo para defender no solamente los intereses profesionales en oportunidad de la negociación colectiva, sino que, en total coincidencia con la concepción socio política de los sindicatos de CSA, ha expresado que *“El ejercicio del derecho de huelga no sólo se refieren a la mejora de las condiciones de trabajo o a las reivindicaciones colectivas de carácter profesional, sino también a la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas de la empresa que conciernen directamente a los trabajadores”.*

Son admisibles así las huelgas de protesta, en particular cuando tienen como objetivo criticar las políticas económicas y políticas sociales, las de apoyo al reconocimiento de un sindicato, las de solidaridad, incluyendo las desarrolladas en empresas subcontratantes, las de carácter general o sectorial, las que tengan que ver con el clima, y las que se articulen con otras medidas de protesta, como los piquetes.

Propuesta

Seguidamente se establecen una serie de lineamientos sobre derecho de huelga para un modelo de código laboral de la región con base en el Convenio 87 y los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales y la Opinión Consultiva núm. 27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga y su relación con otros derechos con perspectiva de género:

- a) El ejercicio del derecho de huelga debe comprender las modalidades típicas (suspensión del trabajo) así como las llamadas modalidades atípicas (trabajo a ritmo lento, trabajo intermitente, ocupaciones de los lugares de trabajo, etc).²¹

²⁰ PLADA. Núm. 53 - 54

21

Ver Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, ¶¶ 783-84

- b) El derecho de huelga puede llevarse a cabo para defender no solamente los intereses profesionales de los/as trabajadores/as, sino también los de índole social, artístico, económico y cultural.²²
- c) En este sentido, ha dicho el Comité de Libertad Sindical que *“El ejercicio del derecho de huelga no sólo se refiere a la mejora de las condiciones de trabajo o a las reivindicaciones colectivas de carácter profesional, sino también a la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas de la empresa que conciernen directamente a los trabajadores”*²³ y que *“Los sindicatos deberían poder recurrir a las huelgas de protesta, en particular cuando tienen como objetivo criticar las políticas económicas y políticas sociales”*.²⁴
- d) Es legítima una huelga para el reconocimiento de un sindicato, es decir, la huelga es un derecho cuyo titular no es únicamente la organización sindical, sino el colectivo que expresa el interés objetivo de los/as trabajadores/as y que puja por ser reconocido como tal.²⁵
- e) El Estado no debe limitar el ejercicio del derecho de huelga mediante control alguno de los quórum de las asambleas o las mayorías requeridas para la adopción de medidas ni plazos excesivos de preaviso, consideraciones todas que deben quedar a cargo de las organizaciones sindicales con base en la autonomía y autotutela.²⁶
- f) Debe considerarse legítima una huelga ejercida con el objetivo de alcanzar el reconocimiento a efectos de negociación colectiva dirigida a la empresa principal y a las empresas subcontratantes en el caso de la tercerización, así como la declarada en apoyo de la negociación de convenios colectivos con contrapartes multempresariales;²⁷

La huelga no puede circunscribirse al ámbito de la empresa, sino que debe obedecer a las decisiones estratégicas que puedan establecer los sindicatos, admitiéndose las huelgas en todos los niveles (general, sectorial, etc).²⁸

- g) Son legítimas las huelgas de simpatía/solidaridad.²⁹
- h) Las huelgas que tienen que ver con el ambiente son legítimas, especialmente si tienen que ver con el clima y con el impacto sobre los trabajadores y los sindicatos³⁰.

²² Recopilación, ¶¶ 758-82.

²³ Recopilación, ¶ 758.

²⁴ Recopilación, ¶ 763.

²⁵ Recopilación, ¶ 772.

²⁶ Recopilación, ¶¶ 789-814

²⁷ Recopilación, ¶ 773-74.

²⁸ Recopilación, ¶ 777-81.

²⁹ Recopilación, ¶ 771.

³⁰ Ver: <https://www.equaltimes.org/unions-must-join-the-global?lang=en#.Y2ovWuzMJb8>
https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/publications/WCMS_432865/lang-es/index.htm

- i) Los piquetes deben considerarse legítimos, como manifestación de la libertad de expresión. Como ha dicho la OIT, *“El solo hecho de participar en un piquete de huelga y de incitar abierta, pero pacíficamente, a los demás trabajadores a no ocupar sus puestos de trabajo no puede ser considerado como acción ilegítima”*.³¹

3

Derecho a la Negociación Colectiva

La **CSA** ha sido particularmente crítica de la legislación latinoamericana sobre relaciones colectivas de trabajo.

En el **informe al 4° Congreso** se dice que *“Las normas legales que regulan la libertad sindical y la negociación colectiva en nuestro hemisferio”* son actualmente insuficientes, y *“Los datos de densidad sindical y cobertura de la negociación colectiva decrecientes desde finales de los años 1970 lo demuestran. En la mayoría de los países latinoamericanos la organización sindical es por empresas”*, lo cual inhibe la negociación y fragmenta el poder y las capacidades que puedan tener los sindicatos para pactar convenios colectivos y ejercer otras formas de diálogo social.

El informe se expone en la perspectiva histórica latinoamericana del desarrollo de la legislación sobre organización y negociación colectiva, cuyo origen data de la tercera y cuarta década del siglo pasado, agregando que *“Estos derechos fueron internacionalizados a partir de 1948 cuando la OIT aprobó los principales Convenios fundamentales (Libertad Sindical y Negociación Colectiva). Posteriormente se aprobaron otros convenios y recomendaciones que reforzaron su aplicación e implementación para todos los trabajadores y trabajadoras sean urbanos o rurales, del sector privado o del público, por empresa, categoría profesional o por rama de actividad económica”*.

Sin embargo, la legislación latinoamericana no mostró la misma apertura a todos los sectores y niveles, puesto que en muchos países puso obstáculos a la negociación y huelga de funcionarios públicos, o restringió la posibilidad de pactar colectivamente y practicar la huelga al nivel de la empresa, sin habilitar la que pudieran realizarse en el sector o rama de actividad.

En el actual contexto, la **CSA** observa que se incrementan los obstáculos al ejercicio de los derechos colectivos, ya que: *“el cambio de paradigma productivo hacia el nuevo modelo de CGP, así como las condiciones que limitan su ejercicio en un ambiente cada vez más antidemocrático vienen condicionando la eficacia de estas normas del siglo XX. Estos convenios y las leyes nacionales en las Américas normalmente no protegen las organizaciones de trabajadoras/es en condiciones de informalidad. Y estos no están cubiertos por negociaciones colectivas. Al mismo tiempo, las/os trabajadoras/es tercerizados o subcontratados no son representados por los sindicatos principales de las empresas o de las categorías profesionales, y frecuentemente se quedan afuera de los contratos de trabajo que estos negocian”*.

Como señaló la **CSA** en el informe de la Conferencia Continental *“Transformar y fortalecer el Sindicato para Representar y Organizar a toda la Clase Trabajadora”* estos desafíos *“imponen la necesidad de acciones para actualizar el estilo y las orientaciones*

³¹ Recopilación, núm. 939

tradicionales del sindicalismo y abrir nuevas opciones de elección estratégica para que los actores respondan a los cambios del capitalismo de fines del siglo XX. Por lo tanto, es sobre esta capacidad de respuesta de la agenda sindical a la que los sindicatos deben estar abiertos. Además de analizar las transformaciones actuales del capitalismo contemporáneo y sus impactos en la regulación de las relaciones laborales y, principalmente, en la capacidad de los actores colectivos para responder a este contexto, deben demostrar la capacidad para renovar sus repertorios de actuación, buscando nuevas estrategias sin perder su identidad y los propósitos y características heredadas de su propia trayectoria de lucha y resistencia (...) La modernización de las relaciones de trabajo, desde un enfoque de derechos, es la garantía de que cada trabajadora y trabajador pueda acceder a un contrato colectivo negociado por un sindicato que lo represente. Para alcanzarlo, necesitamos, en primer término, desarrollar estrategias específicas en el marco de la agenda del trabajo decente y del cumplimiento de las normas fundamentales de la OIT. En segundo lugar, pero no menos importante, necesitamos cambiar el concepto político de los sindicatos de representación de trabajadores/as por empresas o categorías profesionales, por el de representación de clase en las cadenas productivas y a todos y todas que están en otras áreas de actividad económica, en condiciones formales o de informalidad, público o privado, del campo o la ciudad”.

Coherente con esos propósitos, toda reforma laboral debería re/posicionar a la negociación colectiva como un Derecho Fundamental que presenta una serie de finalidades a corto y mediano plazo, como son, por ejemplo:

- a) la fijación de las condiciones de trabajo y de empleo de los/as trabajadores/as alcanzados/as por el convenio;
- b) concebirla como un mecanismo de diálogo social y resolución de conflictos;
- c) consagrar mecanismos de participación de las organizaciones de trabajadores/as para la creación de normas que luego se aplicarán a las relaciones individuales de trabajo;
- y
- d) contribuir a la disminución de la desigualdad y al bienestar del trabajador y su familia.

Los lineamientos de CSA para un modelo de código laboral para la región deberían dar tratamiento a la siguiente temática:

- a) la negociación colectiva, como parte del derecho a la libertad sindical, es un Derecho Fundamental de las organizaciones sindicales
- b) Concepto y componentes del derecho a la negociación colectiva
- c) Niveles y articulación de la negociación

La negociación colectiva como parte del derecho a la libertad sindical, es un Derecho Fundamental de las organizaciones sindicales

En lo sustantivo, el derecho a la negociación colectiva constituye un componente esencial de la libertad sindical, en tanto comprende los medios necesarios para que los trabajadores y las trabajadoras se encuentren en condiciones de defender y promover sus intereses a través de un mecanismo de diálogo social que les reconoce un estatus especial en

virtud de su situación de dependencia en el escenario de las relaciones capitalistas de producción.

El desarrollo de la negociación colectiva requiere el respeto estricto de la autonomía colectiva por parte del Estado, que deberá abstenerse de obstaculizarla mediante regulaciones de los procesos y control de los resultados, como por ejemplo la autorización u homologación de los acuerdos alcanzados entre las organizaciones pactantes.

Para la OIT, los Estados deben abstenerse de realizar conductas que limiten a los sindicatos ejercer el derecho de negociar para tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representen, lo que implica que las autoridades se abstengan intervenir en los procesos de negociación. Sin embargo, los Estados deben adoptar medidas que estimulen y fomenten entre los trabajadores y las trabajadoras, y empleadores y empleadoras, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos las condiciones del empleo.

Concepto y componentes del derecho a la negociación colectiva

La negociación colectiva puede ser definida como un conjunto de discusiones sobre condiciones de trabajo, llevadas a cabo entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por un lado, y una o varias organizaciones de trabajadores por otro, con miras a la realización de un acuerdo.

Existe un importante catálogo de normas internacionales de derechos humanos que amparan el derecho a la negociación colectiva, entre ellos el artículo 45 incisos c y g de la Carta de la OEA, los artículos 1.1, 2, 13, 15, 16 y 25 de la Convención Americana, los artículos 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, y los artículos IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana. Asimismo, la Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la OIT, estableció como obligación de esta Organización “*lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores*”.

Justamente, en el ámbito de OIT, varios instrumentos regulan este derecho, esencialmente los Convenios 98 y 154 y de forma específica el Convenio 151 para el caso de los trabajadores y la administración pública.

Autonomía colectiva

El producto de los acuerdos en la negociación colectiva recibe distintos nombres en las legislaciones latinoamericanas, tales como “convenios”, “convenciones”, “contratos”, “acuerdos” colectivos, nominaciones que responden a un mismo concepto de mecanismo de reglar las condiciones a que deben ajustarse los contratos individuales de trabajo en materia salarial y de condiciones de trabajo, y de fijar, además, las normas que regirán en las relaciones entre la organización sindical y la empresa.

Contenido

En síntesis, los convenios colectivos son básicamente acuerdos celebrados entre empresarios (uno o varios) y trabajadores (una o varias organizaciones de trabajadores) para fijar normas (aspecto normativo), que regularán las condiciones de trabajo en un ámbito laboral determinado, así como los derechos y obligaciones de las propias partes contratantes (aspecto obligacional) que regirán en sus relaciones recíprocas.

Este concepto coincide sustancialmente con el establecido por el art. 2º. 1 de la Recomendación de OIT sobre convenios colectivos No. 91 de 1951: *“todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o uno o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores interesados debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con su legislación nacional.”*

Derecho de información.

Los/as trabajadores/as y sus representantes en el ámbito público y privado deben contar con las condiciones para participar plenamente y de manera significativa en la determinación de las negociaciones, por lo que el Estado y las empresas deberán permitir el acceso o brindar la información necesaria para alcanzar conocimiento de los elementos indispensables para llevar a cabo dichas negociaciones.

Promoción de la negociación colectiva y limitación de los convenios a la baja.

Ciertos procesos de flexibilización laboral emplearon en el pasado a la negociación colectiva como un instrumento para flexibilizar las relaciones de trabajo, especialmente a través de las llamadas cláusulas “in peius”, o sea, disposiciones que disminuyen beneficios o derechos acordados en una negociación vigente o en un convenio colectivo de nivel superior o aún en la legislación laboral, como ha sido el caso de Brasil en la última reforma laboral de 2017.

En general la jurisprudencia ha entendido que los niveles de protección establecidos por ley no deberían abatirse ni derogarse ‘in peius’ por medio de la negociación colectiva. Obra a favor de esta postura la circunstancia de que la naturaleza protectora del derecho laboral tiene como fundamento la asimetría de poderes existente entre trabajadores/as y empleadores, que hace que deba reforzarse el principio de irrenunciabilidad a efectos de no “perforar” la ley o la negociación colectiva de nivel superior por acuerdos a nivel de empresa, que muchas veces no son otra cosa que una hiposuficiencia dimensionada a lo colectivo.

Los convenios colectivos, por el contrario, deben operar en favor de una ampliación del ámbito de protección de los derechos laborales, salvo que la ley interna contenga disposiciones que limiten esa posibilidad de manera justificada.

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha dicho, respecto del caso de Brasil, que *“el artículo 4 del Convenio (núm. 98), al igual que los Convenios núm. 151 y 154 también ratificados por el Brasil, tiene por objetivo general promover la negociación colectiva a fin de establecer unas condiciones de trabajo más*

*favorables que las previstas en la legislación, la Comisión recuerda que considera que **introducir la posibilidad general de reducir a través de la negociación colectiva la protección legislativa de los trabajadores puede, en la práctica, tener un importante efecto disuasorio sobre el ejercicio de este derecho y contribuir a la deslegitimación duradera de este mecanismo.** En el presente caso, la Comisión considera que la amplitud de las excepciones permitidas por el artículo 611-A de la CLT puede afectar la finalidad y la capacidad de atracción del mecanismo de negociación colectiva del país, o, al menos, modificar significativamente la percepción de este último por los actores interesados y comprometer de esta forma su promoción y su ejercicio. A este respecto, la Comisión toma nota con **preocupación** de la información que figura en los estudios transmitidos por las organizaciones sindicales en relación con una reducción significativa del número de convenios y acuerdos colectivos firmados en el país desde la entrada en vigor de la reforma legislativa en noviembre de 2017. (...) **la Comisión recuerda que considera que, si bien pueden ser compatibles con el Convenio disposiciones legislativas de ámbito específico, relativas a determinados aspectos de las condiciones de trabajo, que prevean de forma circunscrita y motivada su derogabilidad por medio de la negociación colectiva, en cambio, una disposición que establezca la derogabilidad general de la legislación laboral por medio de la negociación colectiva sería contraria al objetivo de promoción de la negociación colectiva libre y voluntaria prevista por el artículo 4 del Convenio.**"*

Niveles y articulación de la negociación

La estructura de la negociación colectiva incluye dos cuestiones, que una legislación promotora de la autonomía debería promover:

- a)** los niveles de negociación; y
- b)** coordinación o articulación de los diversos niveles

El nivel de la negociación colectiva tiene íntima relación con las unidades de negociación y el sujeto negociador.

Como generalmente el sindicato es el único sujeto legitimado para negociar colectivamente, o – en el peor de los casos - el que detenta una legitimación prioritaria, la estructura sindical tenderá a determinar el nivel de la negociación colectiva: donde predomina la estructura sindical por empresa, prevalecerá la negociación colectiva por empresa y a la inversa, donde predomina la estructura sindical por rama de actividad económica, prevalecerá la negociación colectiva por rama. En un caso la unidad de negociación es la empresa, en el otro la rama de actividad.

La legislación laboral que promueve la CSA es partidaria de la negociación en todos los niveles, fomentando especialmente el caso de la rama o sector, modalidad poco habitual en

los países latinoamericanos, que ya sea por la legislación o por la práctica, tienden a dificultar dicho nivel, privilegiando y reduciendo al nivel de la empresa.

Varias son las ventajas de la negociación colectiva por rama o sector de actividad:

- Es homogénea y en general, tiende a racionalizar al respectivo sector de la economía nacional y abarca a todos los trabajadores del mismo;
- Aproxima a las partes a la consideración de los problemas macroeconómicos, favoreciendo así el desenvolvimiento de las relaciones laborales y su funcionalidad respecto del desarrollo económico. Por la misma razón, del mismo modo que una estructura sindical por rama de actividad es más apropiada para participar en políticas de concertación social, la negociación colectiva más centralizada está también, mejor capacitada para evolucionar hacia “acuerdos interprofesionales”;
- Tiende a ser más racional y menos conflictiva, al “despersonalizar” la negociación y “sacarla” de los problemas cotidianos e “íntimos” de cada empresa.
- La negociación por rama constituye una herramienta idónea para el fomento de la negociación colectiva por su alcance a contingentes amplios de la población trabajadora. En efecto, la negociación colectiva por empresa tiene un ámbito de aplicación reducidísimo, ya que la existencia o debilidad del sindicato en todas las empresas pequeñas y medianas (la mayoría), determinaría la inexistencia de convenio colectivo en las mismas.

La coexistencia de niveles dinámicos de negociación colectiva (empresa/sector de actividad) plantea la necesidad de coordinar o articular esos distintos estamentos, ya que frecuentemente se presenta el caso de la doble regulación de las mismas condiciones de trabajo y consiguientemente, debe dirimirse cuál de los convenios ha de aplicarse a una situación concreta.

Desde este punto de vista, una legislación laboral respetuosa de la autonomía sindical debería adoptar el criterio establecido en el art. 4.2 de la Rec. No. 163 de OIT, establece que *“en los países en que la negociación colectiva se desarrolle en varios niveles, las partes negociadoras deberían velar por que exista coordinación entre ellos”*

Los criterios posibles de adoptar desde el punto de vista legal son los siguientes:

- a) el de jerarquía, según el cual el convenio de rama primará sobre el de empresa y el convenio interprofesional primará sobre el de rama;
- b) el de especialidad del nivel –exactamente inverso al de jerarquía– según el cual prevalecería el convenio de nivel más cercano al trabajador individual;
- c) el de especialización por materias, según el cual determinadas materias corresponden a cierto nivel de negociación;
- d) el de aplicación de la norma más favorable, según el cual se aplicará el convenio más favorable al trabajador cualquiera sea su nivel;
- e) el cronológico, conforme al cual toda disposición posterior predomina sobre una anterior que la contradiga.

Todos estos criterios pueden ser defendidos o criticados, y deberían integrarse armónicamente al sistema de fuentes y a los principios vigentes del Derecho del Trabajo, pero en cualquier caso la legislación laboral debería ser clara a ese respecto.

Propuesta

Los lineamientos sobre negociación colectiva para un modelo de código del trabajo de la región con base en los CIT 98 y 154 deberán reconocer:

- a) Que la negociación colectiva es aquella que se realiza entre una o varias organizaciones sindicales o una federación sindical y una o varios empleadores o una organización de empleadores con el objeto de fijar las condiciones de trabajo y de empleo y establecer derechos y obligaciones entre los sujetos pactantes;
- b) La negociación colectiva como mecanismo de diálogo social tendrá alcance también al debate acerca de las políticas públicas, en particular, las referidas a la educación;
- c) La negociación colectiva deberá estar presidida por los principios de autonomía colectiva, participación y búsqueda de la igualdad en las relaciones de trabajo;
- d) El Estado tiene la obligación de promover y garantizar la negociación colectiva en todos los niveles del ámbito de actividad público y privado, **privilegiando el nivel de rama o sector de actividad, así como el alcance a las empresas que integren los procesos de tercerización;**
- e) En sintonía con ese principio, la legislación laboral no podrá establecer requisitos ni limitaciones al libre ejercicio de la negociación entre sindicatos y empleadores;
- f) La parte empleadora en la negociación colectiva sea pública o privada, tiene la obligación de proporcionar a las organizaciones sindicales pactantes toda información suficiente y relevante a los efectos de la negociación colectiva;
- g) La negociación colectiva en general, y los convenios colectivos en particular fijarán condiciones de trabajo y de salario que no podrán ser desmejoradas por ningún acuerdo individual ni colectivo en el ámbito de su aplicación;
- h) En caso de que exista una discordancia o contradicción entre cláusulas de dos convenios colectivos de distinto nivel aplicables a un mismo sector de actividad o empresa, primará la norma que resulte de mayor favorabilidad para los/las trabajadores/as de dicho ámbito;
- i) Las cláusulas de un convenio colectivo cuyo plazo se encuentre vencido, serán aplicables hasta tanto un nuevo convenio colectivo lo sustituya.