
The Global Labour Rights Reporter

Acceso a la Justicia Laboral



Enero 2021 | Volumen 1 Número 1

Propiedad Intelectual de ILAW Network y colaboradores © 2021

Todos los derechos reservados. Salvo lo permitido en virtud de la Ley de Propiedad Intelectual de EEUU de 1976, ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, distribuida ni transmitida de ninguna forma ni por ningún medio, ni almacenada en una base de datos o sistema de recuperación sin autorización previa por escrito de la editorial.

Publicado por ILAW Network
1130 Connecticut Avenue, NW
8º Piso
Washington, DC 20036 USA

Por favor dirija todas las solicitudes a admin@ilawnetwork.com

Esta publicación está disponible en línea de manera permanente en:
<https://www.ilawnetwork.com/ilaw-network-journal-the-global-labour-rights-reporter/>

ISSN 2693-9657 (impreso)
ISSN 2693-9665 (en línea)

Impreso en los Estados Unidos por trabajo sindical.

Fuente: Open Sans

Diseño gráfico por Haley Gray

Junta Editorial GLRR

Antonio Loffredo
Bobbie Sta Maria
Colin Fenwick
Femi Aborisade
Marlese von Broembsen
Mary Joyce Carlson
Matías Cremonte
Maximiliano Garcez
Preeda Tongchumnum
Ruwan Subasinghe
Sara Khatib
Steven Barrett
Tonia Novitz

Nota aclaratoria: La igualdad entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo es un valor fundamental para ILAW Network y la igualdad de género es un principio que guía nuestro actuar como Red internacional, por tanto ILAW aclara que en la interpretación de los textos contenidos en esta revista, cuando se emplea uno de los dos géneros se incluye en su significado una referencia al otro género.

ÍNDICE

NOTA DEL EDITOR

ACCESO A LA JUSTICIA LABORAL	4
------------------------------	---

ARTÍCULOS

CÓDIGOS DE CONDUCTA DE PROVEEDORES APLICABLES A LOS TRABAJADORES COMO HERRAMIENTA PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO MUNDIALES BETTINA BRAUN, AVERY KELLY & CHARITY RYERSON	7
--	---

ACCESO A LA JUSTICIA EN LA RELACIONES LABORALES EN GEORGIA RAISA LIPARTELIANI & TAMAR GABISONIA	12
---	----

ACCESO A LA JUSTICIA LABORAL Y BARRERAS PROCESALES AL INICIO DE LOS TRÁMITES: ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE ZIMBABUE O UN ESPEJISMO JUDICIAL? MUNYARADZI GWISAI	16
---	----

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON LA COVID-19: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COLECTIVO MIGUEL ANGEL GARRIDO PALACIOS	20
---	----

EL DERECHO A CONDICIONES DE TRABAJO EQUITATIVAS Y SATISFATORIAS: LA PREVENCIÓN DE RIESGOS Y EL ACCESO A LA JUSTICIA MARÍA PAULA LOZANO & MATÍAS CREMONTE	24
---	----

EL SINGULAR SISTEMA DE CONCESIONES DE AUSTRALIA HA SIDO PUESTO A PRUEBA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19: HA DEMOSTRADO SER FÁCILMENTE ADAPTABLE PARA PROTEGER LOS INTERESES DE LOS EMPRESARIOS, PERO MENOS EFECTIVO PARA LA PROTECCIÓN PROACTIVA DE LOS EMPLEADOS TREVOR CLARKE	28
--	----

NEOLIBERALISMO Y COVID-19: IMPACTOS EN LA JUSTICIA LABORAL EN BRASIL PEDRO DANIEL BLANCO ALVES & MAXIMILIANO NAGL GARCEZ	33
--	----

LA PANDEMIA DE COVID-19 Y LA PROTECCIÓN PARA DENUNCIANTES EN POLONIA ŁUCJA KOBROŃ-GAŚIOROWSKA	38
---	----

INSPECCIÓN LABORAL: ALGO MÁS QUE UN EJERCICIO DE ÉTICA SAMANTHA RAMSAY & BERYL TER HAAR	41
---	----

NOTAS DEL CASO

CAPITAL PRIVADO, DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS LABORALES GLOBALES: EL CASO DEL "HOTEL CALIFORNIA" JEREMY BLASI & SAMIR SONTI	47
--	----

LAS ORGANIZACIONES SINDICALES UTILIZAN LAS DIRECTRICES DE OCDE PARA ENFRENTAR EL ACOSO Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS OPERACIONES GLOBALES DE LA CORPORACIÓN MCDONALD'S MARY JOYCE CARLSON	53
--	----

NOTA DEL EDITOR

ACCESO A LA JUSTICIA LABORAL

JEFFREY VOGT, PRESIDENTE DE LA RED ILAW

¿Qué es el Acceso a la Justicia?

El derecho al acceso a la justicia es un derecho humano multifacético, protegido por numerosos instrumentos internacionales¹ y regionales² y es sin duda una norma de derecho constitucional consuetudinario.³ En su nivel más fundamental, se refiere a tener y hacer cumplir un derecho legalmente protegido ante un juzgado u otro tribunal, aunque una conceptualización más exhaustiva del acceso a la justicia incluiría, entre otras cosas, equidad frente a la ley, procesos judiciales justos y un recurso legal efectivo.

En los últimos años, las Naciones Unidas (ONU) han tenido la oportunidad de reiterar la importancia del acceso a la justicia. En 2012, la declaración de las Naciones Unidas de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho a los niveles nacionales e internacionales enfatizó el “derecho al acceso igualitario a la justicia para todos”, incluyendo los miembros de los grupos vulnerables.⁴ Y en 2015, el

derecho al acceso a la justicia se incorporó a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sustentable – especialmente Objetivo No. 16 (paz, justicia e instituciones sólidas), Propósito 3, que llama a los estados a “promover el estado de derecho a nivel nacional e internacional y asegurar un acceso igualitario a la justicia para todos.”⁵ Estas articulaciones del concepto del acceso a la justicia requieren que los estados garanticen que los procedimientos estén disponibles para asegurar un ejercicio efectivo del derecho. Sin embargo, como lo ha señalado el grupo de trabajo sobre negocios y derechos humanos de las Naciones Unidas, los procedimientos efectivos no garantizan necesariamente un resultado efectivo. De hecho, el grupo de trabajo consideró un enfoque sobre los aspectos formales y procesales del acceso a la justicia para representar un sentido “estricto” del derecho. Por lo tanto, el grupo de trabajo articuló una versión del derecho que se extiende más allá del acceso a los procedimientos judiciales formales. El grupo de trabajo explicó que el “acceso a la justicia también se puede usar en un sentido más amplio para tratar con temas más extensos de justicia que no se pueden abordar a través de recursos individualizados que se ofrecen para un grupo específico de abusos a los derechos humanos, pero que requerirían de cambios más fundamentales en las estructuras sociales, políticas o económicas.”⁶ Esta versión del acceso a la justicia tiene distintas similitudes con el concepto de la OIT y el principio rector de acceso a la justicia social.

En el contexto laboral específico, la constitución de la

¹ See, e.g., Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, at art. 1, 2, 6, 7, 8 and 10 (Dec. 10, 1948) (Articles 1 (igualdad de derechos), 2 (legitimación de derechos sin distinción), 6 (reconocimiento de personalidad jurídica), 7 (igualdad ante la ley e igual protección de la ley), 8 (derecho a un recurso efectivo) y 10 (audiencia imparcial y pública)).

² See, e.g., Francesco Francioni, *The Rights of Access to Justice Under Customary International Law*, in *ACCESS TO JUSTICE AS A HUMAN RIGHT* (Francesco Francioni ed., 2007).

³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Europ.T.S. No. 5, at art. 6, 13 (Nov. 4, 1950) (Articles 6 (audiencia equitativa y pública) y 13 (derecho a un recurso efectivo)); Organization of American States, American Convention on Human Rights, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, at art. 3, 8, 10, and 25 (Nov. 22, 1969) (Articles 3 (reconocimiento de personalidad jurídica), 8 (derecho a una audiencia equitativa para determinar derechos, incluyendo derechos laborales), 10 (derecho a indemnización) y 25 (derecho a protección judicial, que incluye el derecho a un tribunal competente, el derecho a recursos judiciales y cumplimiento de dichos recursos)); African Charter on Human and Peoples' Rights, 1520 U.N.T.S. 217 at art. 3, 7 (June 27, 1981) (Articles 3 (igualdad ante la ley y derecho a igual protección de la ley) y 7 (derecho a que su causa sea escuchada por un tribunal imparcial)).

⁴ United Nations, General Assembly, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, U.N. Doc. A/RES/67/1 (2012), at ¶14, available at <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf>

⁵ Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, U.N. Doc. A/RES/70/1 21 (2015), available at https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (“La nueva agenda reconoce la necesidad de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que proporcionen igualdad de acceso a la justicia y se basen en el respeto de los derechos humanos (incluyendo el derecho al desarrollo), en un estado de derecho efectivo y una buena gobernanza a todos los niveles, y en instituciones transparentes y eficaces que rindan cuentas”).

⁶ See, Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises U.N. Doc. A/72/162 (18 July 2017), at ¶16, available at <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/218/65/PDF/N1721865.pdf>.

OIT⁷ y diversos instrumentos⁸ consagran un derecho al acceso a la justicia para todos los trabajadores sin distinción, incluyendo que los trabajadores tengan acceso a los juzgados y otros mecanismos formales para la resolución de disputas en búsqueda de un recurso efectivo. Más recientemente, la declaración tripartita de los principios con respecto a las empresas multinacionales y la política social de la OIT 2017, basada en los principios rectores de la ONU sobre los derechos empresariales y humanos, estipula que los estados deben proporcionar a los trabajadores acceso a un recurso.⁹ El comité de expertos sobre la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT también ha convocado a los estados en numerosas ocasiones para garantizar el acceso a los mecanismos y recursos legales formales.¹⁰

La OIT también protege el sólido concepto del derecho al acceso a la justicia, incluyendo el derecho a tomar acción colectiva en búsqueda de justicia social. El preámbulo de la constitución de la OIT identifica el principio fundamental de la organización: La realización de la justicia social, un punto que se reafirma en la Declaración de Filadelfia de la OIT. Estos instrumentos dejan claro que la justicia social se lleva a cabo a través del deber del Estado para proteger los derechos laborales, así como a través del ejercicio de la acción colectiva mediante el ejercicio, entre otras cosas, de la libertad de asociación (incluyendo el derecho a la huelga).

Obstáculos para el Acceso a la Justicia en 2020

Incluso antes del brote de la pandemia, los trabajadores alrededor del mundo se enfrentaban a ob-

stáculos importantes para el acceso a la justicia. De muchas maneras, la pandemia ha expuesto e intensificado las debilidades preexistentes en los sistemas de justicia laboral existentes, al mismo tiempo que ha creado nuevos obstáculos significativos para los trabajadores. A continuación se encuentran solo algunos ejemplos a resaltar.

- En varios países, las inspecciones laborales simplemente no se realizaron, incluyendo, de manera crítica, inspecciones de seguridad y sanitarias. Al mismo tiempo, los tribunales administrativos y los tribunales cerraron sus puertas. Incluso cuando los tribunales abrieron nuevamente o se volcaron a la virtualidad, los casos laborales no fueron una prioridad. Los trabajadores sin acceso a internet o plataformas de video en línea no pudieron emprender sus reclamaciones donde eran posibles las audiencias virtuales. Esto significó que los trabajadores esenciales, que eran los más expuestos a enfermedades graves o fallecimiento debido al COVID-19, y a explotación por parte de sus empleadores, tenían poco a qué acudir.
- En varios países, los gobiernos emitieron decretos de emergencia que limitaban o anulaban de manera efectiva el derecho de los trabajadores a la libre asociación o a la huelga.¹¹ Aunque se enmarcaron como medidas temporales, a muchos les preocupaba que se convirtieran en permanentes. Como tal, los trabajadores no pueden participar legalmente en acciones colectivas para protestar contra violaciones a su derecho al trabajo, incluyendo a ser forzados a trabajar en condiciones poco seguras debido a la pandemia.
- En algunos países, millones de trabajadores empleados en cadenas de suministro globales experimentaron desempleo masivo y hambre cuando las marcas globales de vestuario suspendieron o cancelaron contratos con proveedores por valor de miles de millones de dólares estadounidenses.¹² Estos trabajadores no tuvieron esperanza de un recurso efectivo por parte de los proveedores, que a su vez se enfrentaban a la posible bancarrota. Al mismo tiempo, los trabajadores no contaron con vías legales efectivas en contra de las marcas globales en tribunales locales ni extranjeros, a pesar del impacto directo y devastador de sus decisiones.¹³
- Más de 200.000 navegantes se han visto atrapa-

⁷ Es la expectativa con cualquier convenio ratificado que un estado miembro proteja los derechos y estándares en su legislación nacional y en la práctica. See International Labour Organization, Constitution, Article 19.

⁸ See, e.g., International Labour Organization (ILO), Examination of Grievances Recommendation, 1967 (No. 130) at art. 17 (que recomienda que los estados garanticen el acceso a un tribunal de trabajo cuando las reclamaciones no sean resueltas dentro de la empresa); ILO, Workers' Representatives Recommendation, 1971 (No. 143) at art. 6 (que se refiere al acceso a un "recurso efectivo" para la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores); ILO, Forced Labour (Supplementary Measures) Recommendation, 2014 (No. 203) at art. 12 (que requiere "acceso a la justicia"); and ILO, Transition from the Informal to the Formal Economy Recommendation, 2015 (No. 204) at art. 11 (que requiere "acceso a la justicia").

⁹ ILO, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, 329th Session (March 2017) at ¶64 ("los gobiernos deben tomar las medidas correspondientes para garantizar, a través de medios judiciales, administrativos, legislativos u otros adecuados, que en caso de la ocurrencia de dichos abusos dentro de su territorio y/o jurisdicción, cualquier trabajador o trabajadores afectados tengan acceso a un recurso efectivo.")

¹⁰ See, e.g., ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, ILC.109/III(1A), 2021 (Bangladesh, C 111) (instando al gobierno a "garantizar que los trabajadores domésticos cuenten con acceso efectivo a procedimientos y recursos adecuados"); ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, ILC.109/III(1A), 2021 (Colombia, C 169) (instando al gobierno a "garantice el ... acceso a la justicia para las personas cubiertas por el Convenio que continúan siendo víctimas del conflicto"); ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, ILC.109/III(1A) (Cyprus, C97) (instando al gobierno a "mejorar[e] el acceso de los trabajadores migrantes a la justicia sin temor a detención o deportación, mientras que los procedimientos legales se encuentran pendientes y también en las etapas iniciales de investigación.)

¹¹ See, e.g., Decree No. 5 on the Declaration of Public Calamity, 21 March 2020 (Guat.); 2020. Act XII of 2020 (Act on the Containment of the Coronavirus) (Hung.); Law on National Management in the State of Emergency, 10 April 2020 (Cambodia); Amendments to Emergency Law 162/1958, 8 May 2020 (Egypt).

¹² See, e.g., Mark Anner, *Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains*, Penn State Center for Global Workers' Rights (2020) available at <https://www.workersrights.org/research-report/abandoned-the-impact-of-covid-19-on-workers-and-businesses-at-the-bottom-of-global-garment-supply-chains/>.

¹³ See e.g., ECCHR, ILAW & WRC, *Farce Majeure: How global apparel brands are using the COVID-19 pandemic to stiff suppliers and abandon workers* (2020) available at https://www.ecchr.eu/fileadmin/ECCHR_PP_FARCE_MAJEURE.pdf

dos en el mar por más de un año. Imposibilitados para desembarcar, y forzados a extender sus contratos, estos trabajadores son víctimas de trabajos forzados. Esta situación es otro claro recordatorio de cómo los trabajadores, cuyo trabajo es necesario para el comercio internacional – incluyendo el transporte de bienes esenciales tales como alimentos, equipos de protección personal y suministros médicos – son los más desprotegidos durante una crisis.¹⁴

Esta Edición

Los artículos en esta edición del Global Labour Rights Reporter abordan el tema del acceso a la justicia desde muchas perspectivas diferentes e interesantes.

Diferentes colaboradores examinan el impacto de la pandemia del COVID-19 sobre el acceso a la justicia en sus respectivos países. Desde Brasil, Pedro Daniel Blanco Alves y Maximiliano Garcez explican cómo las respuestas del gobierno al COVID-19 han generado nuevos obstáculos importantes para acceder a la justicia, además de aquellos instalados recientemente por reformas laborales profundamente regresivas. Desde Argentina, María Paula Lozano y Matías Cremonte examinan si la seguridad ocupacional y el sistema de salud del país niegan de manera efectiva el acceso a la justicia por parte de los trabajadores, y si el sistema cumpliría con las garantías identificadas en la reciente sentencia Spolotore de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde España, Miguel Angel Garrido Palacios examina la ley que gobierna los despidos masivos provocados por el COVID-19 desde el punto de vista del derecho colectivo. Desde Australia, Trevor Clarke evalúa el sistema de concesiones del país, y encuentra que, en conjunto, ha hecho más para proteger los intereses de los empleadores por encima de los derechos de los trabajadores durante la pandemia. Y desde Polonia, Łucja Kobroń-Gąsiorowska evalúa las protecciones disponibles para los trabajadores médicos que denuncian los malos manejos en el sector de la salud.

Otros colegas examinan los obstáculos para la justicia, creados por limitaciones estructurales y jurisprudenciales de los sistemas judiciales y otros mecanismos estatales. Desde Zimbabue, Munyaradzi Gwisai explica cómo el rígido formalismo procesal había frustrado el acceso de los trabajadores a los tribunales por muchos años, aunque la reciente jurisprudencia indica una flexibilización de este enfoque conservador. Desde la República de Georgia, Raisa Liparteliani y Tamar Gabisonia explican cómo los trabajadores no han podido acceder a los tribunales y a otros mecanismos estatales de manera efectiva, primero a través de la eliminación de derechos laborales sustantivos, y, una vez que se restablecieron parcialmente, la eliminación de la jurisdicción de la inspección del trabajo sobre todos los asuntos, salvo la seguridad ocupacional y san-

itaria. Y, Samantha Ramsay y Beryl Ter Haar analizan enfoques a la inspección de trabajo y sugieren que incorporar ideas de dinamismo institucional a la inspección estratégica del trabajo puede resultar en que las inspecciones tengan un impacto más amplio.

Bettina Braun, Avery Kelly y Charity Ryerson identifican el problema de la falta de acceso a la justicia para trabajadores involucrados en la fabricación para cadenas de suministro global, y sugieren un enfoque novedoso – concretamente incluir textos en los contratos de suministro que proporcionen a los trabajadores del proveedor en la cadena, el derecho a hacer al comprador responsable por las violaciones laborales.

Por último, esta edición de GLLR concluye con dos “Notas de Caso”, que examinan cómo los trabajadores buscaron justicia mediante la presentación de “instancias específicas” en virtud de las líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales después de que los sistemas legales nacionales no les proporcionaron recursos. La primera, por Jeremy Blasi y Samir Sonti, explica cómo los trabajadores del Hotel Westin Long Beach en California usaron con éxito los lineamientos de la OCDE para traer a Natixis, la administradora de capital privado del hotel, ante el National Contact Point (NCP por su acrónimo en inglés) de Francia para llegar a un arreglo que derivó en un acuerdo de negociación colectiva. La segunda, por Mary Joyce Carlson, detalla los alegatos en la instancia específica presentada ante el Punto Nacional de Contacto de Holanda en contra de McDonald’s con respecto a violencia de género y acoso sistémicos en sus operaciones en Europa y las Américas. El NCP Holandés aceptó recientemente tomar el asunto, en coordinación con el NCP de EEUU y el NCP de Noruega (hogar de uno de los inversores institucionales de McDonald’s – Norges Bank).

Esperamos que esta edición inaugural de GLLR le parezca interesante y útil. Recibimos su retroalimentación sobre esta edición, que puede ser enviada a admin@ilawnetwork.com.

Si actualmente no es miembro de la Red ILAW, y está interesado en unirse, por favor visite el sitio web de la Red ILAW (<https://www.ilawnetwork.com/join/>) o envíe un correo electrónico a la dirección indicada arriba. La membresía a ILAW está disponible únicamente para abogados y defensores que representen a trabajadores o sindicatos.

¹⁴ ILO, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, General observation on matters arising from the application of the Maritime Labour Convention, 2006, as amended (MLC, 2006) during the COVID-19 pandemic, December 2020, online at https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_764384.pdf

CÓDIGOS DE CONDUCTA DE PROVEEDORES APLICABLES A LOS TRABAJADORES COMO HERRAMIENTA PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO

**BETTINA BRAUN, AVERY KELLY
Y CHARITY RYERSON**

Global

En 2018, catorce compañías de EE. UU., incluyendo las principales marcas de ropa, hicieron algo que muchos asesores generales y abogados corporativos encontrarían inaudito: Celebraron contratos que les dieron a los trabajadores de las cadenas de suministro derechos de aplicar sus códigos de conducta de proveedores. Estos contratos exponen a los proveedores a la responsabilidad legal por abusos de los derechos laborales en sus cadenas de suministro y presentan la posibilidad de enfrentar demandas de una clase amplia e indefinida de trabajadores desplegados a través de Asia, Latinoamérica, África y el Medio Oriente. Dichos trabajadores también obtuvieron acceso a los tribunales de EE. UU., inclusive cuando los abusos ocurrieron lejos del territorio de EE. UU. La decisión de hacer esto no fue resultado de una campaña coordinada o denominación; no fue en respuesta a una disputa laboral o un requerimiento reglamentario. Estos proveedores adoptaron los códigos de conducta aplicables a los trabajadores porque el comprador se los solicitó.

Los contratos que proporcionan explícitamente derechos legalmente aplicables a los trabajadores son virtualmente inexistentes en las cadenas de suministro global, independientemente de si el comprador o el proveedor es el socio contratante con más influencia.¹ Los compradores internacionales a menudo son corporaciones multinacionales que se abastecen de proveedores menos poderosos que, a su vez, se abastecen de fabricantes vulnerables.² En otros casos, los compradores podrían ser compañías más pequeñas con influencia limitada, que trabajan con proveedores grandes como Foxconn o Cargill u otros agentes de la cadena de suministro con nombres menos reconoci-

dos, pero con significativo control de mercado. En ambos modelos, la parte con menos influencia puede argumentar fidedignamente que no tiene el poder para influenciar el entorno laboral para los trabajadores de la cadena de suministro. En el contexto de un mercado laboral global desregulado, estas dinámicas generan abusos que abarcan desde impactos a la salud y la seguridad, hasta el trabajo forzoso, la mano de obra infantil, retenciones laborales y horas extra forzadas.³ Conceptualizar estos abusos en tanto ocurren dentro de la cadena de suministro internacional—más que aislar los abusos a nivel local—proporciona un entendimiento más sistemático de las causas de los abusos de los derechos laborales y humanos y un análisis más preciso de las iniciativas y las dinámicas de poder que conducen los abusos y ganchos legales para la rendición de cuentas corporativa.

“Estos contratos exponen a los proveedores a la responsabilidad legal por abusos de los derechos laborales en sus cadenas de suministro y presentar la posibilidad de enfrentar demandas de una clase amplia e indefinida de trabajadores desplegados a través de Asia, Latinoamérica, África y el Medio Oriente.”

Este artículo analiza la posibilidad de usar un lenguaje contractual específico—cláusulas de terceros beneficiarios—para proporcionar a los trabajadores acceso a soluciones para ciertos abusos a través de contratos con proveedores con un enfoque en las jurisdicciones

¹ La iniciativa más prominente que proporciona a los sindicatos derechos aplicables es el Acuerdo de Bangladesh, un acuerdo legalmente vinculante entre los sindicatos, las marcas y los minoristas en el sector textil de Bangladesh. See ACCORD ON FIRE AND BUILDING SAFETY IN BANGLADESH, <https://bangladeshaccord.org/about> (last visited November 20, 2020).

² Haley Revak, *Corporate codes of conduct: Binding contract or ideal publicity?*, 63 HASTINGS LAW JOURNAL, 1645-1670 (2012).

³ *Id.*

de EE. UU.⁴

En primer lugar, revisamos el modelo prevalente de los códigos de conducta incluidos en los contratos con proveedores. Estos códigos pueden técnicamente contar con estatutos legales, pero en la práctica casi nunca se aplican. En segundo lugar, analizamos el prospecto de demandar a una compañía proveedora en virtud de una teoría del tercero beneficiado implícito (donde no existe una cláusula que establezca dichos trabajadores como beneficiarios previstos del contrato). En los estados de EE. UU. la sección final analiza el caso de prueba antes mencionado, en el que catorce compañías americanas celebraron contratos con un comprador de EE. UU. que incluyen expresamente trabajadores como terceros beneficiarios de un código de proveedores, para determinar si esta estrategia es replicable, escalable y tiene real potencial para mejorar con respecto a los derechos de los trabajadores o acceso a soluciones donde se violen los derechos.



Bettina Braun
Becario jurídico
Corporate
Accountability Lab



Avery Kelly
Abogado de la
Organización
Corporate
Accountability Lab



Charity Ryerson
Director Ejecutivo y
Fundador
Corporate
Accountability Lab

Códigos de conducta de proveedores como herramientas para abordar abusos de derechos en las cadenas de suministro

El modelo actual de código de proveedores: Falta de aplicación e incentivos perversos

Como resultado de la crítica y la presión pública, muchas compañías que abastecen mercancías internacionalmente ahora usan códigos de conducta de proveedores o cláusulas de sustentabilidad en sus contratos de cadena de suministros.⁵ Esto sigue una tendencia general de contractualización de términos de derechos humanos en acuerdos comerciales.⁶ Los códigos de conducta de proveedores abordan temas como el trabajo forzoso e infantil, horas de trabajo, normas de salud, normas ambientales y de sustentabilidad, antidiscriminación y libertad de asociación. Las cláusulas de sustentabilidad a menudo cubren disposiciones sociales y ambientales similares

⁴ El Grupo de Trabajo de la Sección de Derecho Comercial de la ABA adopta un enfoque diferente para utilizar el lenguaje contractual para abordar las violaciones de los derechos humanos en las cláusulas del contrato modelo para redactar las protecciones de los derechos humanos en los contratos internacionales de suministro. See David Snyder and Susan Maslow, *Human Rights Protections in International Supply Chains - Protecting Workers and Managing Company Risk*, 73 *BUSINESS LAW* 1093 (2018). See Jonathon Lipson, *Something Else: Specific Relief for Breach of Human Rights Terms in Supply Chain Agreements*, 68 *AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW* 1751 (2019) (discutir los desafíos y posibilidades de este enfoque).

⁵ Niklas Egels-Zandén, *Revisiting Supplier Compliance with MNC Codes of Conduct: Recoupling Policy and Practice at Chinese Toy Suppliers*, 119 *JOURNAL OF BUSINESS ETHICS* 58, 59–75 (2014); Katerina Peterkova Mitkidis, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, 1 *NORDIC JOURNAL OF COMMERCIAL LAW* (2014).

⁶ Robert McCorquodale et al., *Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises*, 2 *BUSINESS AND HUMAN RIGHTS JOURNAL* 195–224 (2017).

directamente en los contratos de proveedores. Ambas cláusulas de sustentabilidad en los contratos de compradores-proveedores y los códigos de conducta requieren, por lo menos en el papel, que los proveedores respeten los derechos laborales en el ejercicio del contrato comprador-proveedor.⁷

Sin embargo, inclusive cuando los contratos de proveedores contienen cláusulas ambientales y sociales, los compradores rara vez aplican estos términos y los proveedores operan en condiciones que desincentivan el apego a las mismas.⁸ En la práctica, los compradores se abastecen de bienes transnacionalmente, incluyendo algunas de las marcas más rentables del mundo,⁹ se benefician de los consumidores y del público que ve su adopción de políticas de sustentabilidad y/o códigos de conducta, mientras que sucede poco cambio para los trabajadores en las cadenas de suministro que continúan experimentando abusos y falta de acceso a la justicia.

Hacia un nuevo modelo de protección de los derechos de los trabajadores basado en el código de proveedores: La posibilidad de la aplicación al trabajador

Los códigos de conducta de proveedores podrían ser más efectivos en proteger los derechos laborales si sus promesas se aplicaran a los trabajadores.¹⁰ Ya que los terceros beneficiarios previstos, además de las partes contractuales, pueden demandar por aplicación contractual, los trabajadores podrían teóricamente aplicar códigos de conducta que forman parte de los acuerdos comprador-proveedor ya sea como terceros beneficiarios “implícitos” o “expresos.” La capacidad de aplicar los códigos de conducta de proveedores como terceros beneficiarios podría

⁷ *When national law conflicts with international human rights standards: Recommendations for Business*, BINGHAM CENTRE FOR THE RULE OF LAW AND BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (2018), https://www.biicl.org/documents/3_1930_biicl_bn_report_web.pdf.

⁸ Debra Maryanov, *Sweatshop Liability: Corporate Codes of Conduct and the Governance of Labor Standards in the International Supply Chain*, 14 *LEWIS & CLARK LAW REVIEW* 397 (2010).

⁹ Por ejemplo, las empresas como Nike, Apple, PVH y GM tienen códigos de proveedor que cubren el trabajo infantil y el trabajo forzado, la discriminación, la libertad de asociación, sueldos y horas laborales, gestión de residuos y otros temas. See Nike, Inc. (n.d.), *Human Rights and Labor Compliance Standards*, <https://purpose.nike.com/human-rights> (last visited September 21, 2020); APPLE INC., *Apple Supplier Code of Conduct*, (2020) <https://www.apple.com/supplier-responsibility/pdf/Apple-Supplier-Code-of-Conduct-January.pdf>; PVH CORP., *Corporate Responsibility: Supply Chain Standards and Guidelines for Meeting PVH's Shared Commitment* (2019) <https://responsibility.pvh.com/wp-content/themes/twentyineteen/static-pages/static/resources/pvh-cr-supplier-guidelines.pdf>; GENERAL MOTORS (n.d.), *Supplier Code of Conduct*, <https://investor.gm.com/static-files/03da1ba8-5cbc-4e6b-b242-79fd50691c5d>.

¹⁰ Las iniciativas de responsabilidad social impulsadas por los trabajadores han sido ampliamente exitosas. E.g., WORKER-DRIVEN SOCIAL RESPONSIBILITY NETWORK, *Success Stories*, (2020), <https://wsr-network.org/success-stories/> (esta herramienta del beneficiario tercero podría ser usada por dichas iniciativas o por separado).

mejorar el acceso de los trabajadores a la justicia proporcionándoles acceso a los sistemas judiciales locales y nacionales del país cuya ley rige el contrato. Esto es particularmente relevante para los trabajadores en países donde los tribunales son lentos o disfuncionales. Además, los códigos de proveedores y las cláusulas de sustentabilidad a menudo proporcionan derechos sustantivos que superan las protecciones que los trabajadores tienen en virtud de las leyes locales (por ejemplo, horas de trabajo máximas por semana y requisitos de edad mínima) y la capacidad de aplicar dichas normas podría convertirlas en una realidad para los trabajadores.

“La capacidad de aplicar los códigos de conducta de proveedores como terceros beneficiarios podría mejorar el acceso de los trabajadores a la justicia proporcionándoles acceso a los sistemas judiciales locales y nacionales del país cuya ley rige el contrato. Esto es particularmente relevante para los trabajadores en países donde los tribunales son lentos o disfuncionales.”

El panorama local de EE. UU. parece prometedor para el reconocimiento judicial de los derechos de terceros beneficiarios relacionados con los códigos de conducta de proveedores.¹¹ La ley de terceros beneficiarios es parte de las leyes contractuales basadas en el estado en el sistema federal de EE. UU. Si bien las jurisdicciones estatales difieren sobre lo que los terceros beneficiarios que reconocen como “previstos” (al contrario de “incidentales” sin derechos de aplicación), todos los estados reconocen que dichos terceros que las partes contractuales previeron beneficiar de su contrato, tienen derechos de aplicación, a menos que una parte revoque dichos derechos antes de que el tercero actúe sobre ellos.

Aplicación al trabajador de los códigos de conducta actuales como terceros beneficiarios implícitos

En algunos casos, los trabajadores ya pueden aplicar los códigos de proveedores estándar como terceros beneficiarios implícitos;¹² éstos no son partes de un contrato que las partes prevén beneficiar del mismo, pero que no nombran explícitamente en el mismo. El beneficio puede estar implícito por el contrato como

una totalidad o dependiendo de las circunstancias en las que se celebró el mismo.

En el verano de 2020, Corporate Accountability Lab condujo una investigación sobre la ley de terceros beneficiarios y los casos pertinentes en todos los cincuenta estados de EE. UU. Encontró que nueve estados tienen estatutos que rigen a terceros beneficiarios y más de un tercio de los estados han adoptado expresamente el Replanteamiento (Segundo) de Contratos § 302 o han creado pruebas consistentes con la § 302 para distinguir entre los terceros beneficiarios previstos o incidentales. La mayoría de los estados reconocen a los terceros beneficiarios implícitos, con diferente rigurosidad en sus normas para beneficiarios anónimos.¹³ Los tribunales en la mayoría de los estados están dispuestos a considerar la evidencia circunstancial para determinar la intención de las partes con respecto a los terceros beneficiarios,¹⁴ aunque muchos solamente lo harán si existe ambigüedad en los términos del contrato.¹⁵ Algunos estados considerarán el lenguaje contractual en vista de las circunstancias circundantes relacionadas con terceros.¹⁶ Algunos estados reconocen a los terceros beneficiarios implícitos donde se cumple un alto estándar.¹⁷

En el contexto de la cadena de suministro internacional, los trabajadores son presumiblemente terceros beneficiarios previstos de los contratos comprador-proveedor que incluyen códigos de conducta de proveedores, inclusive cuando no se nombran expresamente en el acuerdo porque el propósito expreso de dicho código de conducta es proteger los derechos de los trabajadores. Por lo tanto, en dichos estados favorables a los terceros beneficiarios implícitos, el lenguaje del contrato y el código de conducta de proveedores y las circunstancias que condujeron a las partes a incluir el código en primera instancia, podría ser suficiente para permitir a los trabajadores recuperarse contra un proveedor que no siguió el código de conducta y daño a los trabajadores en el proceso.

Además, en algunas circunstancias los trabajadores podrían considerarse terceros beneficiarios previstos de un acuerdo comprador-proveedor no solo cuando no son nombrados expresamente como terceros beneficiarios, sino inclusive cuando el acuerdo por sí mismo establece que no tiene terceros beneficiarios. Si bien casi todos los estados generalmente encuentran

¹¹ La investigación Laboratorio de Responsabilidad Corporativa realizada, analizada a continuación, solamente examina la ley de EE. UU.

¹² Existe un caso en el que esta teoría fue probada en los tribunales, pero los denunciantes demandaron al promisorio (Walmart), en lugar del promitente (las empresas proveedoras). See *Doe I v. Walmart Stores, Inc.*, 572 F.3d 677 (9th Cir. 2009). Esta sección analiza la viabilidad de demandar a la compañía suministradora o promisorio. En otro caso, el sindicato de un trabajador deseaba intervenir en una demanda entre la Universidad de Wisconsin y Adidas, reclamando tener derechos de beneficiario tercero en el acuerdo de patrocinio entre la universidad y la compañía de ropa. See *Complaint Board of Regents v. Adidas Am. Inc.*, Complaint, No. 12CV2775 (Cir. Ct. Dane Cty. 2013). Este caso se resolvió antes de que el tribunal tomara una decisión. Para un mayor debate, ver Allie Robbins, *Outsourcing Beneficiaries: Contract and Tort Strategies for Improving Conditions in the Global Garment Industry*, 80 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW 371, 371-408 (2018).

¹³ Considere que ningún estado en el Séptimo Circuito reconoce a los beneficiarios terceros implicados; todos los beneficiarios terceros deben nombrarse expresamente en un acuerdo comprador-proveedor.

¹⁴ *E.g.*, *Cordero Mining Co. v. U.S. Fidelity & Guar. Ins. Co.*, 67 P.3d 616 (Wyo. 2003); *Neal & Co., Inc. v. Ass'n of Village Council Presidents Reg'l Hous. Auth.*, 895 P.2d 497 (Alaska 1995); *E.B. Roberts Const. Co. v. Concrete Contractors, Inc.*, 704 P.2d 859 (Colo. 1985).

¹⁵ *E.g.*, *De Groot v. Standley Trenching, Inc.*, 157 Idaho 557 (Idaho 2014).

¹⁶ *E.g.*, *Lauritzen v. Davis*, 214 Neb. 547 (Neb. 1983); *Sneve v. Mutual of Omaha Ins. Co.*, No. 13-SV-252-ABJ, 2015 WL 12866982 (D. Wyo. 2015) (unreported).

¹⁷ *E.g.*, *Cleveland v. Ludwig Institute for Cancer Research Ltd.* No. 19cv2141 JM (JLB), 2020 WL 3268578, at *9 (S.D. Cal. 2020) (unreported); *Bochese v. Town of Ponce Inlet*, 405 F.3d 964, 982 (11th Cir. 2005).

un dispositivo claro, inequívoco y sin contradicciones de “cláusulas de terceros beneficiarios”, algunos estados son más flexibles en las cláusulas repetitivas y en ocasiones encuentran que dichas cláusulas no reflejan la verdadera intención de las partes.¹⁸ Por lo tanto, si un tribunal encuentra que un comprador y un proveedor previeron que los trabajadores de la cadena de suministro se beneficiarían de un código de conducta contractualizado y en cuenta inaplicable una “cláusula de no tercero beneficiario”, el trabajador que produce para un comprador, en virtud de un acuerdo de proveedores con un código de conducta formulado en la actualidad, podría teóricamente presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra un proveedor.¹⁹

Con base en la investigación mencionada, a las leyes de terceros beneficiarios, las jurisdicciones de EE. UU. más favorables para una demanda basada en terceros beneficiarios implícitos contra un proveedor son Colorado, Alaska, South Carolina, Wyoming y Idaho. Los tribunales en estos estados reconocen o probablemente reconocerían que los terceros beneficiarios implícitos sin un nivel alto para establecer la intención de las partes y no encuentran automáticamente determinantes las “cláusulas de no terceros beneficiarios”. La presentación de casos en estos estados, inclusive en la ausencia de una cláusula de terceros beneficiarios previstos, puede proporcionar solución para los trabajadores que fueron víctimas de violaciones de derechos laborales que también violaron el código de conducta. Sin embargo, para que este tipo de demanda sea exitosa, la cláusula de selección de foro tendría que nombrar uno de estos estados. Dado que esta lista no incluye a Delaware, California u otros estados que albergan de manera desproporcionada a multinacionales, esto limita en gran medida el número de trabajadores de la cadena de suministro que pueden presentar reclamaciones implícitas de terceros beneficiarios.

Un experimento para hacer que los códigos de proveedores funcionen: Aplicación a los trabajadores de los códigos de proveedores como terceros beneficiarios expresos

Si bien muchos estados no reconocerían a los trabajadores como terceros beneficiarios implícitos de acuerdos comprador-proveedor que incluyen códigos de conducta de proveedores como se encuentran redactados actualmente, los trabajadores podrían probablemente hacer cumplir los códigos de proveedores en muchas jurisdicciones si los trabajadores fueran nomb-

¹⁸ *E.g.*, Fortis Advisors L.L.C v. Allergan W.C. Holding Inc., No. 2019-0159-MTZ, 2019 WL 7290945 (Del. Ch. 2019).; Branin v. Stein Roe Investment Counsel, L.L.C, No. 8481-VCN, 2014 WL 2961084 (Del. Ch. 2014) (unreported).; Barr Dev., Inc. v. Utah Mortg. Loan Corp., 106 Idaho 46 (Idaho 1983).

¹⁹ Las partes del contrato pueden revocar los derechos de beneficiario tercero en cualquier momento antes de que un tercero busque aplicarlos.

rados expresamente como terceros beneficiarios. Esta sección analiza el uso experimental de dichos términos en los contratos de cadena de suministro y diversos obstáculos para el uso efectivo de contratos para crear un cambio significativo en las condiciones de trabajo.

En 2018 y 2019, Corporate Accountability Lab comenzó una prueba limitada de esta estrategia, trabajando con un comprador para incluir lenguaje de terceros beneficiarios en contratos de proveedores relacionados con una línea particular de mercancía. El propósito de este experimento fue determinar (1) si dichos términos fueron viables comercialmente; (2) si las compañías cumplirían con las causas relacionadas que fueron necesarias para el cumplimiento (es decir, divulgación de fábrica, acceso, monitoreo independiente, etc.); y (3) si los impedimentos prácticos para el cumplimiento harían inútiles los términos.

Por lo menos catorce fabricantes, incluyendo las principales compañías de ropa de EE. UU. han incorporado este lenguaje en los contratos de proveedores con fábricas en todo el mundo. Si bien los detalles de este caso de prueba continúan siendo confidenciales, han surgido diversas ideas para compartirlos.

En primer lugar, el lenguaje de terceros beneficiarios es comercialmente viable. En el caso de prueba, se habían contratado catorce fabricantes previamente para producir esta línea de mercancía con el comprador y cuando se introdujo el nuevo lenguaje, las mismas catorce compañías renovaron sus contratos independientemente de este cambio. Si bien todas las compañías tenían conocimiento del nuevo lenguaje, ninguna de ellas, ni siquiera la más grande y reconocida, usó su ventaja comercial para oponerse al nuevo lenguaje. Esto va en contra de la narrativa de que ningún comprador estaría de acuerdo con exponer a sus proveedores a una responsabilidad. Y en teoría, cualquier proveedor que esté cumpliendo suficientemente con la debida diligencia no estaría expuesto a una responsabilidad significativa en virtud de estas cláusulas.

En segundo lugar, las divulgaciones precisas de las fábricas son un asunto fundamental e inclusive dichas compañías con los recursos para proporcionarlas no tienen suficientes prácticas internas para hacerlo. En el caso de prueba existió un cumplimiento parcial con los requisitos de divulgación de las fábricas. Las divulgaciones a menudo son imprecisas, demasiado inclusivas o nombran agentes de la cadena de suministro en el nivel equivocado (es decir, impresoras de serigrafía o distribuidores, más que fábricas). La falta de la transparencia en la cadena de suministro es un tema más amplio que impacta a mu-

chas estrategias legales y de defensa y esta estrategia no es la excepción.

En tercer lugar, este caso de prueba indica que, en ausencia de ciertas cláusulas adicionales, el lenguaje de terceros beneficiarios no tendrá significado para los trabajadores. Además de una cláusula de terceros beneficiarios, los acuerdos aplicables al trabajador deben proporcionar divulgaciones de fábrica detalladas y acceso a los compradores para monitoreo, educación del trabajador, cláusulas contra represalias y perpetuas (ampliando los requisitos a los subcontratistas), entre otras cláusulas, para hacer que el uso de los trabajadores de sus derechos de terceros beneficiarios sea una realidad práctica. Dependiendo de las dinámicas de poder del comprador-proveedor de la cadena de suministro particular, también podría ser benéfico que el código de conducta aplicable al trabajador incluya disposiciones que aseguren que los proveedores puedan negociar plazos y costos de pedidos que hagan posible el respeto y la implementación de los derechos de los trabajadores (y cumplimiento con el código de conducta). Dichos códigos podrían abordar los desequilibrios de poder del comprador-proveedor proporcionando la indemnización del comprador cuando los actos u omisiones del comprador causen los perjuicios que sufren los trabajadores y por lo que demandan una compensación.²⁰ A fin de que la viabilidad, limitaciones y replicabilidad de esta estrategia se evalúe de forma más completa, más compradores necesitan adoptar los códigos de conducta de proveedores con cláusulas que nombren a los trabajadores como terceros beneficiarios y disposiciones para hacer posible la aplicación del trabajador.

Inclusive en su momento más exitoso, el lenguaje de los terceros beneficiarios en los códigos de conducta de proveedores no abordaría problemas estructurales que llevaran a la violación de los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro internacionales—incluyendo las dinámicas de poder entre los compradores y los proveedores, mercados laborales desregulados y la intercambiabilidad de los trabajadores de la cadena de suministro—y que originen, mantengan y exacerben las condiciones en las que los derechos de los trabajadores se abusen de manera sistemática. Sin embargo, los códigos de proveedores aplicables del trabajador podrían proporcionar una herramienta completa para que los trabajadores hagan valer sus derechos cuando existen pocas opciones disponibles.

Conclusión

Los trabajadores en las cadenas de suministro internacionales rara vez tienen acceso a la justicia cuando

sus derechos se violan en relación con la producción de bienes para empresas foráneas que abastecen mercancías internacionalmente, incluyendo marcas globales que tienen códigos de conducta de proveedores. Agregar el lenguaje de terceros beneficiarios a los códigos de conducta de proveedores, especificando que los trabajadores que producen para un proveedor (y los proveedores de ese proveedor) son beneficiarios previstos del código podría proporcionar a los empleados un mecanismo sencillo—aunque difícil de implementar—para que los trabajadores tengan acceso a la justicia en virtud de contratos entre los compradores y los proveedores. Si bien permanecen los obstáculos para la aplicación, el hecho de que a partir de un conjunto de datos limitados, este lenguaje parece ser comercialmente viable, indicando que instrumentalizar los códigos de conducta de proveedores para aplicar los derechos de los trabajadores pudiera tener aplicaciones que podrían resultar en impactos positivos en el mundo real para los trabajadores.

²⁰ Un punto de crítica por la búsqueda de dichas vías de aplicación contra los proveedores es que agudiza los desequilibrios existentes de poder del comprador. Esta es una inquietud donde dichas cláusulas del beneficiario tercero podrían usarse por los compradores contra proveedores particularmente desfavorecidos. Sin embargo, las cláusulas de beneficiarios terceros también podrían usarse en contratos de licencias o compra donde las marcas son promisorias. See Robbins, *supra* note 12.

ACCESO A LA JUSTICIA EN LA RELACIONES LABORALES EN GEORGIA

RAISA LIPARTELIANI Y TAMAR GABISONIA

Georgia

Bajo la Constitución de la República de Georgia¹ y el derecho internacional, toda persona tiene el derecho de acudir a los tribunales (o instituciones alternativas) para defender sus derechos y obtener un remedio efectivo. En la práctica, la realidad es muy distinta y durante la pandemia los obstáculos a la justicia solo se han exacerbado. Sin embargo, se han dado importantes reformas que han mejorado la situación de los trabajadores, aunque queda mucho por hacer. Este artículo presenta una perspectiva general de los mecanismos de justicia accesibles a los trabajadores en la República de Georgia.

El sistema judicial

El 12 de junio de 2013 se hicieron cambios revolucionarios al Código Laboral de Georgia que restablecieron muchos de los derechos laborales que se habían eliminado por completo en las reformas neoliberales extremas de 2005. A partir de ahí, el número de demandas laborales en el sistema judicial de Georgia se incrementó significativamente, en gran medida debido a la restauración de derechos en las reformas de 2013. Según las estadísticas de la Corte Suprema, se registraron 1258 demandas laborales en 2013, que se incrementaron hasta 1978 demandas en 2019.² Sin embargo, no todos los trabajadores cuyos derechos son violados pueden acceder a los tribunales. Por ejemplo, los trabajadores que pertenecen a la economía informal, como los empleados domésticos, los vendedores ambulantes, y los trabajadores no remunerados en negocios familiares, así como los trabajadores por cuenta propia, no son considerados “empleados” a efectos de la ley y no pueden presentar demandas contra sus empleadores. Además, la carga de la prueba para demostrar la existencia de la relación laboral es responsabilidad del demandante en

la litigio; si no puede hacerlo, el tribunal rechazará la demanda.

Es más, incluso aquellos trabajadores que logran acceder a los tribunales no cuentan con el debido proceso y el derecho a un juicio justo. En primer lugar, los procedimientos en las demandas laborales son extremadamente largos debido a persistentes retrasos. A pesar de que los casos laborales deben ser resueltos en el plazo de un mes después de haber sido presentados en los tribunales ordinarios,³ en la práctica el litigio puede durar varios años.⁴ En segundo lugar, la carencia de tribunales especializados en casos laborales disminuye dramáticamente la calidad de los juicios. Esto conduce a sentencias incoherentes en demandas laborales. La obligación de pagar tasas para hacer solicitudes a los tribunales también funciona como un obstáculo para exigir los derechos, especialmente para quienes están desempleados. Aunque las demandas por remuneración o las peticiones de reincorporación son excluidas de estas tasas, las demandas por discriminación (incluidas las de discriminación contra

“La pandemia de la Covid-19 ha empeorado considerablemente la situación de acceso a la justicia. Un decreto emitido por el presidente de Georgia el 21 de marzo de 2020 declaró el estado de emergencia en el país y el resultado fue la restricción de varios derechos civiles.”

los sindicatos), exigen a los demandantes pagar tarifas antes de presentar la demanda.⁵

La pandemia de la Covid-19 ha empeorado considerablemente la situación de acceso a la justicia. Un decreto emitido por el presidente de Georgia el 21 de marzo de 2020 declaró el estado de emergencia en el país y

³ Civil procedural Code art.59.3 (Geor.).

⁴ Institute for Justice and Development, Friedrich Ebert Stiftung, *Legal and social-economic analyses of the cases of dismissal for 2013-2017 years*, at 4-14 (2018), http://www.fes-caucasus.org/fileadmin/publications/2018/IJD_research.pdf [available in Georgian]

⁵ Law on State Fee art. 5.1. (Geor.).

¹ 1995 CONST. (Geor.) article 31.

² Supreme Court of Georgia, *Statistics*, <http://www.supremecourt.ge/statistics/> [available in Georgian] (last visited Nov. 2020).



Raisa Iparterliani
 Presidente Adjunto
 Georgian Trade
 Unions Confederation
 Miembro
 ILAW Advisory Board



Tamar Gabisonia
 Coordinador
 regional de ILAW
 para Europa y Asia
 Central
 Solidarity Center

el resultado fue la restricción de varios derechos civiles. Aunque las restricciones no se aplicaron al derecho a un juicio justo y se incentivaron los litigios virtuales, la prioridad fueron los casos criminales y algunos casos administrativos. Los litigios de casos laborales fueron postergados. Incluso después del fin del estado de emergencia, cuando se reiniciaron los juicios, el acceso a los tribunales siguió siendo restringido y la publicidad de las audiencias limitada. Dicho esto, algunos avances positivos se han implementado durante la pandemia. Todos los que quieran hacer una solicitud a un tribunal tienen el derecho de hacerlo a través de un sistema de demandas electrónicas, lo cual ha tenido un efecto positivo en las demandas laborales, puesto que el plazo para esas demandas, por ejemplo, la reincorporación, es muy corto. Los demandantes deben hacer la solicitud al tribunal en el plazo de un mes después de su despido.

La ineficiencia del Sistema judicial también es causada por la impunidad para los actos de mala conducta judicial. La única manera de oponerse a violaciones de procedimiento o sustantivas cometidas por un juez es a través del Consejo Superior de Justicia de Georgia⁶, el cual no es una institución transparente o eficiente. En primer lugar, la decisión del Consejo Superior sobre la disciplina de los jueces es confidencial; debido a esto, nunca se notifica a los solicitantes el resultado de sus demandas. En segundo lugar, aun en el caso en que se haya aplicado una medida disciplinaria contra un juez en particular, ello no afecta la disposición del caso que el juez presidía. Además, el Consejo Superior solo puede publicar datos estadísticos generales acerca de las violaciones de los jueces y no los resultados de los casos particulares.

Además de los desafíos institucionales y prácticos que enfrenta el sistema judicial, existe un estigma firmemente establecido en la sociedad hacia la gente que busca justicia a través de los tribunales. No es infrecuente que los patronos mantengan una “lista negra” de las así llamadas personas “indeseables y peligrosas” que han acudido a los tribunales para defender sus derechos —lo que convierte en mucho más peligroso para los trabajadores reclamar sus derechos. Es por ello que pocas personas presentan demandas cuando todavía están empleadas (por ejemplo, por violaciones de salarios y de horarios) y en lugar de ello solo recurren a los tribunales después de que son despedidos y tienen poco que perder. La Confederación de Sindicatos de Georgia informa que, excepto en circunstancias muy excepcionales, si los demandantes deciden acudir al tribunal para reclamar discriminación contra el sindicato u otras violaciones de derechos laborales, son despedidos de inmediato. Existe un costo muy alto para aquellos trabajadores que luchan en los tribunales por sus derechos y que

a menudo consiste en la pérdida de su trabajo

Mecanismos no judiciales

Existen instituciones estatales no judiciales que también garantizan justicia en las relaciones laborales en el país, como la Inspección del Trabajo y la Defensoría Pública de Georgia. A pesar de que los mandatos de ambas instituciones son muy limitados, existe la posibilidad de que los trabajadores acudan a una institución o a la otra en caso de la violación de sus derechos laborales.

Inspección del Trabajo

La reforma neoliberal introducida en 2005 abolió no solo la ley del trabajo sino también todo el sistema de inspección del trabajo. La Confederación de Sindicatos de Georgia, junto con un número de organizaciones internacionales, incluida la Organización Internacional del Trabajo, exigió la restauración de la inspección del trabajo. Como resultado de muchos años de lucha, se creó de nuevo el Departamento de Inspección del Trabajo adscrito al Ministerio del Trabajo, Salud y Asuntos Sociales.

Inicialmente, el Departamento de Inspección del trabajo funcionaba con un mandato de supervisar únicamente las normas sanitarias y de seguridad en el trabajo. Incluso entonces, solo lo podía hacer mediante aviso previo a los patronos y sin la capacidad de sancionar a las empresas que violaban dichas normas en sus sitios de trabajo. Como resultado, ni la situación de los derechos de los trabajadores ni la alarmante tasa de accidentes ocupacionales mejoraron en el país.

En el año 2018 se aprobó una nueva ley de “Salud y Seguridad Ocupacional”. El mandato del Departamento de Inspección del Trabajo se amplió para incluir el monitoreo de las normas de salud y seguridad laboral en los sitios de trabajo en cualquier momento sin previo aviso a los empleadores. Adicionalmente, se otorgó a la institución el derecho de sancionar a las empresas que violaran los reglamentos promulgados bajo la ley. De acuerdo con estos reglamentos, todo empleador queda obligado a tomar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad ocupacional y minimizar los peligros en el lugar de trabajo, medidas como: la introducción de políticas de gestión de riesgos en el trabajo, la realización de estudios de evaluación de riesgo con la participación de los trabajadores y sus representantes durante el proceso, la obligación de tener un inspector certificado en el lugar de trabajo, entre otras, etc.

A pesar de que el mandato del Departamento de Inspección del Trabajo fue ampliado para cubrir la salud y la seguridad ocupacional, aún carece del mandato de monitorear la implementación de todas las otras leyes laborales. No existe una

⁶ Law on Common Courts of Georgia Chapter 13.

separación racional entre los derechos laborales y la salud y la seguridad en el trabajo. Efectivamente, es importante destacar que la mayoría de los accidentes en el lugar de trabajo se deben a la fatiga física de los trabajadores, que es causada por la negligencia en cuanto a sus derechos laborales, tales como el exceso de sobretiempo y la negación de permisos, como la baja por enfermedad o el permiso anual.

En comparación con el año 2018, en el 2019 se redujo el número de muertes y lesiones en el trabajo. Aun así, el número de accidentes ocupacionales continúa siendo alto (59 trabajadores murieron en el 2018, 199 fueron gravemente lesionados; 38 trabajadores murieron en 2019, 135 fueron gravemente lesionados).⁷ Las estadísticas europeas de accidentes en el sitio de trabajo computan el número de muertes por cada 100.000 trabajadores. En el caso de Georgia, hay 745.000 personas empleadas en el país, de los cuales 42,4 trabajadores son víctimas de accidentes de trabajo cada año. Y si tomamos en consideración las Estadísticas Europeas, quiere decir que alrededor de 5,7 personas por cada 100.000 mueren en el país como resultado de un accidente laboral. El número promedio de muertes en los países de la Unión Europea llega a 1,8 personas por cada 100.000 habitantes, entre los cuales el índice más bajo está registrado en los Países Bajos —0,6 personas, y el más alto en Rumania, con 5,6 personas por 100.000 trabajadores. Estas estadísticas muestran que la situación en Georgia es mucho peor que en los países de la Unión Europea. La cuota de muertes en el trabajo en Georgia es 3,1 veces más alta en comparación con el índice promedio de muerte en los países de la Unión Europea.

Los casos de trabajos forzados también caen bajo el mandato de la inspección del trabajo. Sin embargo, su mandato en este asunto en particular también es muy limitado.⁸ Sobre la base de la queja de un trabajador, los inspectores del trabajo pueden monitorear la situación en sitios de trabajo y emitir una recomendación en caso de encontrar trabajos forzados. Sin embargo, no tienen la competencia de sancionar al infractor y su decisión no tiene la fuerza de la ley.⁹

Una forma obvia de resolver los problemas identificados con la inspección del trabajo es garantizar un número suficiente de inspectores del trabajo en total y que estén distribuidos para garantizar la cobertura geográfica. La OIT recomienda que los estados miembros tengan al menos un inspector del trabajo por cada 20.000 empleados en el país. En el caso de

Georgia, se necesitan al menos 90 inspectores del trabajo para cumplir con las recomendaciones de la OIT. En este momento, Georgia tiene hasta 50 inspectores laborales, todos los cuales están basados en la ciudad capital de Georgia, Tiflis.¹⁰ A pesar de la reiterada solicitud de la Confederación de Sindicatos de Georgia de ratificar los convenios de la OIT que protegen las normas internacionales sobre la seguridad y la salud ocupacional (Convenios de la OIT N 81, N 155 y N 176), las autoridades georgianas no lo han hecho. Además, de acuerdo con la legislación georgiana, los asuntos relativos a la salud y seguridad en el trabajo tienen que ser discutidos bajo el marco de la Comisión de Sociedad Social Tripartita; sin embargo, la misma comisión tripartita ha estado inactiva sobre este asunto.

“A pesar de que el mandato del Departamento de Inspección del Trabajo fue ampliado para cubrir la salud y la seguridad ocupacional, aún carece del mandato de monitorear la implementación de todas las otras leyes laborales. No existe una separación racional entre los derechos laborales y la salud y la seguridad en el trabajo. Efectivamente, es importante destacar que la mayoría de los accidentes en el lugar de trabajo se deben a la fatiga física de los trabajadores, que es causada por la negligencia en cuanto a sus derechos laborales, tales como el exceso de sobretiempo y la negación de permisos, como la baja por enfermedad o el permiso anual.”

Defensoría Pública

Aparte del Departamento de Inspectoría del Trabajo, la Defensoría Pública del Estado de Georgia tiene el mandato de monitorear la correcta implementación de los derechos laborales en el trabajo.¹¹

El Defensor Público de Georgia supervisa la protección de cualquier persona cuyos derechos sean violados por entidades estatales o por funcionarios municipales locales, lo que excluye su supervisión de los derechos laborales en el sector privado. El sector privado no está obligado a cooperar con el Defensor Público o a suministrar información solicitada en litigios en curso. La única excepción son aquellos casos relacionados con discriminación y acoso en el sitio de trabajo, donde las autoridades de servicio público, al igual que los representantes del sector privado, están obligados a suministrar cualquier documentación a solicitud de la Defensoría Pública de Georgia.¹²

La Defensoría Pública tiene el derecho de emitir recomendaciones sobre la violación de derechos laborales en Georgia. Sin embargo, el índice de implementación en la práctica de las recomendaciones del defensor público por parte de los organismos públicos es generalmente muy bajo. Algunas veces, aun en el caso de que los organismos públicos públicamente expresen su disposición de cumplir con las recomen-

⁷ DEPARTMENT OF LABOUR INSPECTION, <https://www.moh.gov.ge/en/728/#/> (last visited Nov. 2020).

⁸ Resolution N473 on the approval of the Statute of the Ministry of Internally Displaced Persons from the Occupied Territories of Georgia, Labor, Health and Social Affairs, art. 2 and 19 (Geor.).

⁹ Resolution #603 on the State Program of Labor Inspection (2018) Article 2 and 3 (Geor.).

¹⁰ Id.

¹¹ Law on Public Defenders of Georgia (1996).

¹² Id. at art. 3.

daciones del Defensor Público, ello no ocurre.¹³

Si el organismo estatal no cumple con las recomendaciones entregadas y hay suficientes elementos para probar un tratamiento discriminatorio, el Defensor Público tiene el derecho de acudir a los tribunales contra el organismo público y, en el caso que el tribunal ratifique la solicitud, la decisión judicial es obligatoria y debe ser respetada por el organismo demandado.¹⁴ El límite de tiempo para que los solicitantes acudan a los tribunales ha sido incrementado de tres meses a un año. El Defensor Público tiene el derecho de iniciar litigios sobre discriminación sobre la base de solicitudes o quejas de personas y entidades legales o de un grupo de personas o por su propia iniciativa.

Conclusiones

Considerando que el sistema judicial, que se estima como la institución más efectiva del país, tiene sus propios defectos como se indicó anteriormente, es todavía más importante contar con un ente no judicial en el país con el mandato legal de monitorear la efectiva implementación de los derechos laborales en el trabajo. De acuerdo con las normas laborales internacionales, la inspección del trabajo es la institución que necesita estar dotada con el mandato de monitorear no solo los peligros en el sitio de trabajo sino también la correcta implementación de los derechos laborales.

La falta de eficacia de los entes de supervisión mencionados se hizo aún más crítica durante la pandemia de la COVID-19. Los derechos laborales se han violado con frecuencia —se ha negado el pago de salarios a los trabajadores, se han denegado permisos remunerados o bajas por enfermedad, hubo despidos injustificados, etc. Aún más, durante el estado de emergencia, que duró 2 meses, se suspendió la Ley de Seguridad en el Trabajo. Como resultado, la inspección del trabajo no estuvo funcionando, aun con un mandato muy limitado, mientras que muchos sectores de la economía con condiciones de trabajo peligrosas (trabajos de minería, servicios de construcción, proyectos de infraestructura, etc.) continuaron funcionando en el país.

Así, a pesar de que el acceso a la justicia en las relaciones laborales en Georgia está formalmente garantizado a través del poder judicial y otras instituciones del estado como la Inspección del Trabajo y la Defensoría Pública de Georgia, todas ellas tienen sus desafíos y sus defectos. Es prioritario que Georgia cree un sistema judicial especializado en el tema laboral que le permita a los tribunales considerar casos laborales dentro

de los límites de tiempo establecidos y que entreguen sentencias bien justificadas sobre la base de una práctica judicial unificada que cumpla con una norma laboral internacional. El establecimiento de una inspección del trabajo con todas las de la ley con el mandato de monitorear todos los derechos laborales también es necesario para mejorar el acceso a la justicia en el país. Se debe otorgar a la Defensoría Pública la competencia de sancionar a los infractores de la ley del trabajo tanto en el sector público como el privado para que la institución desempeñe un papel eficiente en la lucha contra la discriminación en el trabajo.

¹³ Public Defender's Office, *Special report on prevention of discrimination* (2019) <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020030416283364211.pdf>

¹⁴ Law on Elimination of all forms of discrimination art. 6 (2014) (Geor.).

ACCESO A LA JUSTICIA LABORAL Y BARRERAS PROCESALES AL INICIO DE LOS TRÁMITES: ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE ZIMBABUE O UN ESPEJISMO JUDICIAL?

MUNYARADZI GWISAI¹

Zimbabwe

"Este es un tribunal de justicia que se requiere para resolver los problemas reales entre las partes. No debería incursionar demasiado en pequeños tecnicismos." MATHONSI JA.²

La Ley del Trabajo,³ "la Ley," fue ampliamente aclamada por marcar el comienzo de un marco democrático que rige las relaciones laborales en Zimbabwe de conformidad con las normas internacionales del trabajo. La Sección 2A(1) de la Ley estableció su propósito de promover la justicia social y la democracia en el lugar de trabajo, incluyendo la "resolución justa, eficaz y rápida" de los conflictos laborales.⁴ La ley estableció un Tribunal Laboral especial con jurisdicción equitativa y facultado para tratar los conflictos de una manera justa, flexible y económica sin las rigideces de los tribunales civiles.⁵

Los fundamentos de la justicia laboral son facilitar plenamente el acceso a los tribunales y reducir al mínimo las formalidades. Sin embargo, como se señaló en *Mazambani*, el uso de tecnicismos se ha convertido en la pesadilla de los tribunales en Zimbabwe con un efecto devastador sobre los trabajadores comunes y los malos litigantes. Los tribunales

han desarrollado una falange de precedentes relacionados con las formalidades de inicio de procedimientos, especialmente el Aviso de Apelación, que de hecho han obstaculizado el acceso a los tribunales. El incumplimiento más mínimo de las reglas de la corte se ha considerado fatal, lo que hace que la apelación sea nula.⁶

Este artículo critica el enfoque seguido por los tribunales y sostiene que el enfoque en *Mazambani* concurriría mejor con los intereses de la justicia laboral.

"Un fundamento de la justicia laboral es que se facilite plenamente el acceso a los tribunales y se reduzcan al mínimo las formalidades. Sin embargo, como se señaló en Mazambani, el uso de tecnicismos se ha convertido en la pesadilla de los tribunales en Zimbabwe con un efecto devastador sobre los trabajadores comunes y los malos litigantes."

El derecho a apelar y a la estructura judicial

Un elemento fundamental de la doctrina del estado de Derecho es el derecho de una parte agraviada por una decisión de un tribunal inferior a apelar ante un tribunal superior. En cuanto a la ley de despido equitativo, el artículo 8 (1) del Convenio de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo establece:⁷

"1. El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro."

⁶ *Matanhire v BP Shell Marketing* 2004 SC 113 – 04 (SC) (Zim.); *Tamanikwa and Anor v Zimbabwe Manpower Development Fund and Anor* 2013 SC 197-11 (SC) (Zim.); *Chikura and Another v Al Sham's Global BVI Limited* 2017 SC 17-2017 (SC) (Zim.).

⁷ International Labour Organization (ILO), *C158 - Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*.

¹ Munyaradzi Gwisai (LLBS, Universidad de Zimbabwe; LLM, Columbia) es un practicante legal y da conferencias en la Universidad de Zimbabwe y Briggs Zano Working Peoples College. El autor está en deuda con sus colegas, M Sinyoro, S Banda, E Matika y T Mandangu por sus conocimientos sobre este asunto en el caso *Mazambani*, nota 2, en el que el autor fue el abogado principal del demandante.

² *Edmore Taperesu Mazambani vs International Export Trading Company (Private) Limited and Anor* 2020 SC 88-20 (SC) at 11 (Zim)[hereinafter *Mazambani case*].

³ The Labour Act [Chapter 28:01] of 1985 (Zim.) [hereinafter *Labour Act*].

⁴ Labour Act, *supra* note 3 §2A(1)(f).

⁵ *Zhakata v Mandoza N.O and N M Bank Ltd* HH 22-05 (HC) (Zim.) (el tribunal declaró que llevar asuntos laborales al Tribunal Supremo cuando "los procedimientos son complejos, caros y engorrosos... sólo puede servir para frustrar el noble propósito para el que se creó el Tribunal Laboral especial.")

El Tribunal Laboral se encuentra en la cúspide del proceso de apelación en virtud de la Ley del Trabajo. Goza de jurisdicción de apelación exclusiva en primera instancia en asuntos bajo su competencia en virtud del artículo 89 (6).⁸ El tribunal goza de una amplia jurisdicción de apelación, incluyendo las apelaciones de procesos disciplinarios en el lugar de trabajo según los códigos de empleo,⁹ las apelaciones de decisiones tomadas en virtud de arbitraje obligatorio,¹⁰ las decisiones de las autoridades disciplinarias en el lugar de trabajo según el Código Modelo Nacional,¹¹ o las decisiones disciplinarias del sector público según las Regulaciones del Servicio Público.¹²

Una parte que desee apelar ante el Tribunal Laboral debe presentar una notificación de apelación que cumpla con la Regla 19 (1), incluido el formulario LC 4.¹³ Los motivos de la apelación “deben ser concisos y precisos.”

Una parte agraviada por una decisión del Tribunal Laboral puede apelar al Tribunal Supremo, pero solo sobre una cuestión de derecho.¹⁴ El aviso de apelación debe cumplir con la Regla 59 del Reglamento de la Corte Suprema de 2018;¹⁵

- (3) La notificación de apelación establecerá:
- (a) la fecha en que se tomó la decisión;
 - (b) el tribunal o funcionario contra cuya decisión se apela;
 - (c) los motivos de la apelación de conformidad con la regla 44;
 - (d) la naturaleza exacta de la reparación solicitada;
 - (e) la dirección del demandante o su representante legal; y
 - (f) si se concedió autorización para apelar, la fecha de dicha concesión.

En términos de la Regla 44, los “fundamentos de la apelación se deben establecer clara y concisamente.”

Un campo de batalla clave ha sido la cuestión

⁸ See *Nyanzara v Mbada Diamonds* 2016 HH 63-15 (HC) (Zim.); *Triangle Ltd and Others v Zimbabwe Sugar Milling Industry Workers Union* 2016 HH 74 – 169HC (Zim). See also *Chirwa v Transnet Ltd and Others* 2008 (4) SA 367 (CC) (S. Afr.); *Confederation of Zimbabwe Industries v Mbatha* 2015 HH125 – 15 (HC) (Zim.) (for a contrary minority position).

⁹ Labour Act, *supra* note 3 §92D.

¹⁰ *Id.* at §98 (10).

¹¹ Labour Act, *supra* note 3 §92D; *Sakarombe N.O and Another v Montana Carswell Meats (Private) Limited* 2020 SC 44-20 (SC) (Zim.).

¹² Public Service Regulations, SIs 1/2000 of 2000 §52 (Zim.); Public Service Act Chapter 16:04 of 2001 §26 (Zim.).

¹³ Labour Court Rules 2017 SI 150/2017 (2017) (Zim.); Labour Court Rules SI59/2006 (2006) Rule 15(1) (Zim.).

¹⁴ Labour Act *supra* note 3 §92F (los tribunales han leído esto limitadamente); *Sable Chemical Industries Ltd v Easterbrook* 2010 (2) ZLR 342 (S).

¹⁵ Supreme Court (Miscellaneous, Appeals and References) Rules, 1975 (Zim.); Rules of the Supreme Court, 1964 (Zim.) (if for high court).

de cuán obligatorios son estos requisitos. ¿Es un aviso de apelación defectuoso, fatalmente incurable o se puede modificar? Un enfoque demasiado estricto cierra las puertas de los tribunales de justicia a los trabajadores y a los pobres. Sin embargo, la práctica de los tribunales no ha sido alentadora al reflejar una premisa inarticulada del unitarismo neoliberal.

Práctica de los tribunales

En la práctica, los tribunales han adoptado una jurisprudencia conservadora con un énfasis en la formalidad legal. Los fundamentos modernos se encuentran en *Jensen vs. Avacolas*¹⁶ donde KORSAH JA formó el principio aplicable como:

“... un aviso de apelación que no cumpla con las normas es fatalmente defectuoso e inválido. Es decir, es una nulidad. No sólo es malo, sino incurablemente malo, y, a menos que el tribunal esté dispuesto a admitir una solicitud para la condonación del defecto y permitir que se presente una notificación adecuada, la apelación debe anularse por los gastos ...”

El tribunal ha seguido rigurosamente el enfoque anterior con *MALABA JA* (ahora Presidente de la Corte Suprema), un defensor particularmente apasionado. En *Matanhire v BP & Shell Marketing Services (Pvt) Ltd*,¹⁷ sostuvo que:

“No es habitual escribir un juicio sobre un asunto que ha sido tachado de la lista... Esta sentencia se redactó con el fin de llamar la atención de los profesionales del derecho sobre el hecho de que todos los asuntos exigidos por el Reglamento de Justicia que se declaran en un anuncio de apelación válido son de igual importancia, de modo que la falta de declaración de uno de ellos invalida la notificación de apelación.”

En *Tamanikwa y otro vs Zimbabwe Manpower Development Fund y otro*,¹⁸ la notificación de apelación fue “contra parte de la sentencia del Tribunal Laboral...” mientras que el desagravio solicitado pidió que “la sentencia del tribunal a quo se anule...” BHUNU JA desestimó una solicitud de modificación de la notificación y desestimó la apelación por no especificar “la naturaleza exacta de la medida cautelar solicitada,” sosteniendo que:

“Es la ley establecida que, salvo en circunstancias excepcionales, el término “debería” denota la intención del legislador de hacer que la regla sea obligatoria. Este Tribunal ha dictaminado

¹⁶ *Jensen v. Acavalos* 1993 (1) ZLR 216 (S) at 220A-D (Zim.).

¹⁷ *Matanhire v BP & Shell Marketing Services (Pvt) Ltd* 2004 (2) ZLR 147 (S) (Zim.).

¹⁸ *Tamanikwa and Another vs Zimbabwe Manpower Development Fund and Another* SC 73 - 17, at 4 – 7 (SC) (Zim.).



Munyaradzi Gwisai
Catedrático Principal
University of Zimbabwe
Faculty of Law

en numerosas ocasiones que el incumplimiento de las disposiciones obligatorias del Reglamento judicial dará nulidad a una apelación.”

Los demandantes fueron castigados con costos punitivos porque no habían hecho caso “al sabio consejo del Tribunal Supremo” que les había alertado del defecto fatal en “sus funciones rutinarias de supervisión y administración.” Además, “aquellos que deliberadamente desafían los sabios consejos y pasan a causar negligentemente a otros la pérdida patrimonial no deben reclamar cuando tienen que indemnizar la pérdida.”¹⁹

En *Madyavanhu vs. Saruchera* y otros²⁰ la omisión ofensiva fue no hacer una petición para el éxito de la apelación, GWAUNZA DCJ sostuvo que:

“La redacción de las disposiciones muestra que la regla es de naturaleza obligatoria, lo que significa que cualquier documento etiquetado como ‘aviso de apelación’ debe cumplir con ella para que sea un aviso de apelación válido. La información requerida en términos de esta disposición debe establecerse claramente incluso cuando pueda ser obvia o deducible del texto dado de los motivos de apelación.”

La excepción ha sido en relación con los motivos de apelación, donde los tribunales han mostrado un cierto grado de flexibilidad, permitiendo, por ejemplo, que una apelación sea válida cuando la notificación contiene algunos motivos que son válidos y otros inválidos.²¹ Por lo tanto, el enfoque de los tribunales ha sido en general conservador.

“Esto es compatible con la doctrina del estado de derecho y la igualdad de protección de la ley. El énfasis excesivo en los tecnicismos otorga más importancia a la formalidad legal que a la justicia sustantiva, lo que promueve el abuso de los tribunales, especialmente por parte de litigantes con mucho dinero.”

Mazambani: ¿Cambio de paradigma?

Sin embargo, desde la separación del Tribunal Supremo del Tribunal Constitucional a principios de 2020 y el predominio de los jueces más nuevos, parece que soplan nuevos vientos. En *Kundishora vs. Sociedad de la Cruz Roja de Zimbabue*²² MAKONI JA, adoptó una posición firme contra el punto preliminar del demandado de que la notificación de apelación no era válida porque iba en contra de una parte de la sentencia,

cuando la apelación era contra la totalidad de la sentencia. La demandada se vio obligada a ceder.

Pero es en *Mazambani vs. International Export Trading Co. (Pvt) Ltd* y otro, *supra*, donde MATHONSI JA desarrolló una jurisprudencia que puede marcar una desviación del enfoque conservador del pasado. El demandante argumentó que, según el peso de las autoridades, el aviso de apelación era una nulidad en el sentido de que pedía que se anulara la sentencia del tribunal a quo y se sustituyera una orden que desestimara el reclamo del demandado ante el árbitro. Esto era inválido porque el tribunal a quo solo podía anular el laudo y no sustituir su propia orden. El tribunal permitió una enmienda para separar a la parte incompetente basándose en la doctrina de la separabilidad incorporada del derecho contractual, como argumentó el demandante.²³ Citó el artículo 22 de la Ley de la Corte Suprema que faculta al tribunal, cuando lo considere necesario o conveniente en interés de la justicia, a tomar un curso “que pueda conducir a una solución justa, rápida y costosa del caso.”²⁴

En palabras adecuadas, incluyendo una fuerte advertencia a los abogados propensos a abusar de tecnicismos, el tribunal sostuvo que:²⁵

“Cuando... el aviso de apelación es válido para todos los efectos, pero es necesario realizar una enmienda para depurarlo, mediante la separación de las partes infractoras, este tribunal debe inclinarse a favor de otorgar la enmienda ... No se puede esperar que el demandante comience de nuevo, en caso de que se anule la apelación, cuando las palabras ofensivas pueden separarse dejando una apelación válida. Este es un tribunal de justicia que debe resolver los problemas reales entre las partes. No debería incursionar demasiado en pequeños tecnicismos. Los profesionales legales pasan mucho tiempo presentándose ante este tribunal argumentando pequeños detalles técnicos y tratando de implementar las reglas del tribunal para frustrar la resolución de los casos. Es inaceptable.”

Crítica

Se sostiene que el enfoque adoptado en *Mazambani* es el correcto por diversas razones. Como señala MATHONSI JA, la función fundamental de los tribunales es resolver cuestiones reales entre las partes y no dejarse distraer por tecnicismos. Esto es compatible con la doctrina del Estado de Derecho y la igualdad de protección de la ley.²⁶ Además, los tribunales tienen el poder de aprobar las desviaciones de las Reglas.²⁷ El énfasis excesivo en los tecnicismos otorga más importancia a la formalidad legal que a la justicia sustantiva, lo que promueve el abuso de los tribunales, especialmente por parte de litigantes con mucho dinero. Lamenta-

¹⁹ See also *Sambaza v Al Shams Global Bvl Limited* SC 03 – 18 (SC) (Zim.); *Dabengwa and Another v ZEC and Others* SC 32 – 16 (Zim.); *Ndlovu v Ndlovu* SC 133 -02 (SC) (Zim.).

²⁰ *Madyavanhu v Saruchera and Others* SC 75 – 17 (SC) (Zim.).

²¹ *Sambaza v Al Shams Global Bvl Limited* SC 03 -18 (SC) (Zim.); *Mazambani* case, *supra* note 2 at 7.

²² *Kundishora v Zimbabwe Red Cross Society* SC 48-20 (SC) (Zim.).

²³ *Sibanda A and H v Pentaville Investments (Pvt) Ltd and others* HH 14 – 03 (HC) (Zim.) at 2.

²⁴ Supreme Court Act Chapter 7:13 (1981) (Zim.) at §22 (1)(b)(ix).

²⁵ *Sibanda*, *supra* note 23 at 11.

²⁶ ZIM. CONST., §3 (1) and §56 (1).

²⁷ See Labour Court Rules, *supra* note 13 at Rule 32.

blemente, el enfoque de los tribunales hizo que la práctica se afianzara, especialmente entre los abogados más jóvenes, lo que socavó el desarrollo de una jurisprudencia sólida y profunda en los tribunales superiores.

El principio constitucional establecido en el artículo 162 de la Constitución de que la autoridad judicial “deriva del pueblo de Zimbabwe” obliga a que los tribunales sean totalmente accesibles para todos.

El enfoque posterior ahora encuentra confirmación constitucional en el artículo 85 (3) de la Constitución. Esto ofrece que:²⁸

- (3) Las reglas de cada tribunal deben proporcionar el procedimiento a seguir... y esas reglas deben garantizar que:
- (a) se facilite plenamente el derecho a acudir al tribunal conforme a la subsección (1);
 - (b) se reduzcan al mínimo las formalidades relativas al procedimiento, incluyendo su iniciación;
 - (c) el tribunal, aunque observa las reglas de la justicia natural, no está restringido irrazonablemente por tecnicismos procesales.

Lo anterior es particularmente cierto para los conflictos laborales. La Sección 2A(1) (f) de la Ley establece la “resolución de disputas justa, eficaz y rápida”. Para lograr este objetivo, el tribunal goza de jurisdicción equitativa a diferencia de los tribunales civiles.²⁹ Los tribunales han reconocido desde hace mucho tiempo que es “indeseable que los asuntos de relaciones laborales se decidan sobre la base de irregularidades procesales.”³⁰ BHUNU J (como era entonces) justificó esto en *Zhakata vs. Mandoza N.O y Anor*:³¹

“... Es trivial y una cuestión de sentido común que, en materia laboral, los empleados pobres, indigentes a menudo, se enfrentan a la gran riqueza y los recursos de los empleadores. Los empleadores ricos no dudarán en usar su poder financiero para obtener una ventaja injusta sobre los empleados pobres en los tribunales más costosos, donde el empleado quedará sorprendido y perdido en las complejidades de la jerga y los tecnicismos legales. La mayoría de los empleados que hayan perdido sus trabajos no podrán pagar los servicios de un abogado en el Tribunal Laboral y mucho menos en el Tribunal Superior.”

Al final del día, un enfoque pedante y estrecho que pone énfasis en la formalidad legal subvierte

la base de la autoridad judicial, “el pueblo de Zimbabwe.” Cuando se subvierte la justicia sustantiva porque un sistema legal permite el uso a gran escala de tecnicismos procesales “para frustrar la resolución de los casos,” el tribunal corre el riesgo de perder su autoridad moral en la sociedad. Sin eso, un poder judicial no es nada, como argumentó el jurista estadounidense Roscoe Pound.³² La intervención de MATHONSI JA en Mazambani es oportuna y bienvenida y uno solo espera que marque un cambio de paradigma en los tribunales de Zimbabwe y no un espejismo judicial fugaz.

²⁸ Constitution of Zimbabwe Amendment (No. 20) Act, 2013 at §85 (3).

²⁹ *Samanyau & Ors v Fleximail Ltd* SC 21-14 (SC) (Zim.).

³⁰ *Dalny Mine v Banda* 1999 (1) ZLR 220 (S) at 222 (Zim.).

³¹ *Zhakata supra* note 5.

³² R Pound, *Liberty of Contract*, 18 Yale L.J 654 (1909).

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON LA COVID-19: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COLECTIVO

MIGUEL ANGEL GARRIDO PALACIOS

España

La declaración del estado de alarma en España como consecuencia de la Covid-19 vino a forzar la aprobación de una serie de medidas urgentes para tratar de hacer choque a la pandemia. Desde el prisma laboral, y aun pudiendo hacerse objeciones respecto a la moderación de ciertas medidas, no se puede negar que el espíritu que acompaña a la prolífica normativa aprobada apuesta por una salida distinta a las medidas tomadas tras la crisis financiera de 2008.¹ En este sentido, el enfoque elegido aboga por una ponderación de los sacrificios entre las empresas y las personas trabajadoras.² Más compleja es la concreción y tutela de los derechos en el campo de la Administración y en el ámbito procesal y judicial justamente cuanto más necesidad de respuesta, si cabe, tienen los trabajadores sobre sus derechos.

“Puesto de manifiesto cómo un incorrecto funcionamiento de la Administración puede generar indefensión a los ciudadanos, procede estudiar las acciones de los sindicatos en sede judicial para defender los derechos de los trabajadores en la pandemia.”

Esta situación provocó la suspensión con carácter general de las vistas judiciales ya señaladas salvo aquellas consideradas urgentes. Así, de la suspensión de los plazos procesales recogidos en el RD 463/2020³ se exceptuaba en el orden social los conflictos colectivos y los asuntos sobre derechos fundamentales. Sin em-

bargo, la actividad en la jurisdicción social se ve reducida en buena medida hasta el levantamiento del estado de alarma, salvándose, entre otros, los procedimientos urgentes sobre la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como los litigios sobre los expedientes de regulación de empleo (ERTES).⁴

Un ejemplo negativo para la tutela judicial efectiva es lo sucedido en el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC) de la Comunidad de Madrid⁵ (CAM) donde se ha producido una inacción considerable de la Administración en la gestión de la Covid-19. Conviene recordar que la gestión de dichos servicios depende del gobierno de las Comunidades Autónomas. Las deficiencias en el SMAC de la CAM se cifan a los siguientes aspectos: la paralización de las conciliaciones, la imposibilidad de presentación de las demandas de conciliación de forma presencial, la insuficiencia telemática y en la actualidad, un volumen importante de conciliaciones sin citación. Este es un paso preprocesal ineludible en procedimientos como despidos o sanciones, generando inseguridad jurídica, puesto que, al presentarse la posterior demanda judicial, se requiere por el órgano la celebración de dicho acto de conciliación o en su defecto certificado de su no celebración. Esto llevó a las asociaciones de abogados de trabajadores a formalizar una concentración de

¹ Antonio Baylos, *¿La legislación aluvional de la crisis del COVID-19 la reforma laboral de la “nueva normalidad”?*, BAYLOS BLOG (Jul. 21 2020), <https://baylos.blogspot.com/search?updated-max=2020-07-23T11:51:00%2B02:00&max-results=3&start=12&by-date=false>.

² Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde, *DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA PANDEMIA*, 15-90 (Lefebvre-El Derecho ed., 1st ed. 2020).

³ RD 463/2020, pp. 25390-25400 (R.D. 463/2020) (por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, B.O.E. número 67, de 14 de marzo de 2020) (España).

⁴ Expedientes de Regulación Temporal de Empleo. Son un mecanismo de flexibilidad interna que permite suspender los contratos de trabajo o aplicar una reducción de jornada como forma de ajustar la plantilla a la actividad real de la empresa y evitar de esta manera la destrucción de empleo. Mientras los trabajadores están en esta situación perciben la prestación por desempleo.

Cabe añadir que también ha existido litigiosidad en materias tales como la conciliación de la vida familiar y laboral, al aumentar el espacio de los cuidados por la pandemia, o los despidos. Al tratarse materias individuales no es objeto del presente estudio.

⁵ Organismo existente en los gobiernos regionales, que entre otras competencias, tiene la del intento de conciliación entre trabajadores y empresas como paso previo a la fase judicial.

protesta y reivindicación ante el SMAC.⁶

Puesto de manifiesto cómo un incorrecto funcionamiento de la Administración puede generar indefensión a los ciudadanos, procede estudiar las acciones de los sindicatos en sede judicial para defender los derechos de los trabajadores en la pandemia. Desde la óptica del derecho colectivo se atisba la interpretación de parte del compendio normativo de urgencia. El análisis se centra en los dos focos fundamentales en conflicto: la seguridad y salud de los trabajadores y el mecanismo de los ERTES.

La incidencia de la Covid-19 en la seguridad y salud de los trabajadores desde la óptica del derecho colectivo.

Existe un volumen considerable de procedimientos relacionados con la seguridad y salud de los trabajadores que se exponían a la pandemia. Los sindicatos articularon medidas cautelares incluso “inaudita parte” en concordancia con la necesidad de asegurar la tutela judicial efectiva con una respuesta rápida.

Así, se observa desde la jurisprudencia una comprensión en cuanto a la imposibilidad material de la Administración para dotar de EPIS⁷ y medios necesarios para la protección de los trabajadores⁸ ante la escasez de mascarillas, batas y otros bienes que sufrió el país.⁹ Sin embargo, existen una serie de condenas basadas en la falta de vigilancia del empresario en la evaluación de los riesgos del puesto de trabajo también ante la amenaza de la Covid-19 y, por lo tanto, no pudiéndose dar por saldada con una mera evaluación genérica.¹⁰

Siguiendo con la escasez de EPIS se ha pronunciado el orden contencioso-administrativo¹¹ en lo relativo al personal médico. La cuestión de fondo

se enfoca no únicamente sobre la insuficiencia de los medios, sino si estaríamos ante una inactividad jurídica culpable por la Administración lo que se rechaza, aun entendiendo la preocupación de los médicos, por falta de elementos probatorios para alcanzar dicha conclusión.¹² Se ha debatido el nivel de protección de los trabajadores en relación con la Directiva comunitaria 2019/1833¹³ teniendo margen los Estados para su trasposición hasta el 20 de noviembre del 2021. Para el TSJ de Madrid¹⁴ no puede interpretarse el plazo como una autorización a las empresas para poner en riesgo la salud de los trabajadores, haciendo depender su actuación de los conocimientos y medidas preventivas técnicamente posibles.

En definitiva, existe una consciencia de la precaria situación de recursos inmediatos que vivía España en los momentos más duros de la pandemia, lo que no impide la exigencia a los empresarios para que cumplan en la tutela permanente de la seguridad y salud de los trabajadores.

El mecanismo de los ERTES en el derecho colectivo.

El mecanismo de los ERTES se encontraba presente en nuestra legislación en concreto en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁵ y en cuanto al procedimiento en el RD 1483/2012.¹⁶ La normativa específica relacionada con la Covid-19, ha traído una regulación de excepción destacando los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020¹⁷ que han sido interpretados por la jurisprudencia.

Se debe partir de los aspectos generales para aterrizar en algunos puntos concretos. La jurisprudencia mantiene los criterios sobre los procedimientos de negociación colectiva en materia de flexibilidad interna y externa, precisando la



Miguel Angel Garrido Palacios
Abogado
Germinal Lawyers

⁶ Bernardo García, Enrique Lillo y Miguel Ángel Garrido, *Acudir a los tribunales es un derecho de la ciudadanía que en Madrid se obstaculiza conscientemente*, BAYLOS BLOG (Jul. 23 2020) <https://baylos.blogspot.com/2020/07/acudir-los-tribunales-es-un-derecho-de.html>.

⁷ Equipos de protección individual. Se refiere a los medios materiales que protegen a los trabajadores como guantes o cascos.

⁸ Sindicato ESK vs. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Jul. 1, 2020, (T.S.J. del País Vasco Sala de lo Social, No. 837/2020) (España); Sindicato Unificado de Policía vs. Ministerio del Interior, Abr. 6, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. Auto 18/2020) (España); Unión Federal de Policía vs. Dirección General de Policía, Abr. 6 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. Auto 19/202) (España); Sindicato Unificado de Policía vs. Ministerio del Interior, Abr. 6 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. Auto 20/2020) (España).

⁹ Elena Sevillano, *Por qué España está sin mascarillas cuando lo peor de la crisis no ha llegado*, EL PAÍS (Nov. 2020), <https://elpais.com/sociedad/2020-03-18/por-que-espana-esta-sin-mascarillas-cuando-lo-peor-de-la-crisis-no-ha-llegado.html>

¹⁰ Sindicato CCOO vs. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Jul. 7, 2020 (T.S.J. del País Vasco Sala de lo Social, No. 866/2020) (España).

¹¹ Orden jurisdiccional que conoce de las pretensiones en relación con las administraciones públicas que se rigen por el derecho administrativo.

¹² Confederación Estatal de Sindicatos Médicos vs. Ministerio de Sanidad, Mar. 31 2020 (T.S. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección cuarta, No. Auto de 31 de marzo de 2020) (España).

¹³ Conviene recordar la primacía del derecho comunitario respecto de la legislación interna española, en particular las directivas una vez se traspongan al ordenamiento interno y cuando se supere dichos plazos, con los matices establecidos en la jurisprudencia. Directiva 2019/1833. Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión de 24 de octubre de 2019, Diario Oficial de la Unión Europea, de 31 de octubre de 2019, L 279, pp. 54-79.

¹⁴ Sindicato CSIF vs. Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, Abr. 1, 2020, (T.S.J. de Madrid Sala de lo Social, Sección Segunda, No. Auto de 1 de abril de 2020) (España).

¹⁵ Estatuto de los Trabajadores, pp. 100224-100308 (R.D. 2/2015) (España) (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, B.O.E., número 255, de 24 de octubre).

¹⁶ RD 1483/2012, pp. 76292-76322 (R.D. 1483/2012) (por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, B.O.E., número 261, de 30 de octubre de 2020) (España).

¹⁷ RDL 8/2020, pp.25853-25898 (R.D.L. 8/2020) (de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, B.O.E., número 73, de 18 de marzo de 2020) (España).

aplicación de las causas en el marco de la Covid-19.

Destaca el valor que se atribuye al diálogo, a la negociación colectiva y en consecuencia al acuerdo en este tipo de procedimientos. Se insiste, como ya decía la jurisprudencia pre-covid, que el acuerdo con la mayoría sindical presupone la existencia de las causas, cuya impugnación solo puede prosperar cuando haya existido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho¹⁸ lo que debe ser probado por la parte demandante.¹⁹

Otra controversia que se ha suscitado es la relación entre la representación sindical y la representación de los trabajadores²⁰ en la negociación. Se mantiene la prevalencia de la opción sindical, no siendo lícita la maniobra empresarial en una última reunión, notificando a los representantes individuales para que votaran consiguiendo de esta forma el acuerdo, lo que no se habría obtenido si se hubiera votado como hasta entonces por los sindicatos. Se declara vulnerada la buena fe negociadora y la libertad sindical al ser una intromisión ilegítima siendo una actuación fraudulenta para posibilitar el acuerdo.²¹

La posibilidad de aplicar un ERTE en el sector público²² también ha concurrido en el escenario de la pandemia. Es el caso visto por el Juzgado de lo Social de Vitoria²³ se trataba de una empresa pública de transporte urbano que aplica un ERTE por fuerza mayor. La mercantil cuenta con más del 50% de capital público y tampoco se financia mayoritariamente con ingresos obtenidos en el mercado. La juzgadora entiende que no cabía realizar el ERTE al ser una empresa del sector público con las características antedichas por lo que lo declara injustificado.²⁴ Sin embargo, al cierre de este artículo el TSJ del País Vasco²⁵ ha revocado dicha sentencia, optando por un criterio estricto de administración pública, al entender que dicha empresa pública no forma parte de la misma por lo que revoca la de instancia y se declara justificada la decisión de aplicar el ERTE.

Ante la avalancha de ERTES, mayoritariamente de fuer-

¹⁸ El artículo 47 del ET establece la presunción de las causas cuando existente acuerdo entre la mayoría del banco social y la empresa para la suspensión de los contratos laborales, salvo que concurran los ilícitos descritos.

¹⁹ Sindicato TUSI y Sindicato CGT vs. Emergia Contact Center SL, Jul. 20, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 52/2020) (España).

²⁰ La legislación española establece la prevalencia de la negociación por las secciones sindicales presentes en la empresa cuando estas así lo acuerden.

²¹ Sindicato UGT vs. Cotronic, Jul. 3, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 44/2020) (España).

²² Este concepto incluye fundamentalmente a la Administración Pública española, los Entes Públicos y Organismos Públicos adscritos a ella, así como a las empresas públicas. No es posible entrar aquí en la distinción con el concepto de Administración Pública en el derecho español; a los efectos de este artículo se excluiría a las empresas públicas puesto que aunque pueden ostentar un interés general operan de forma predominante en el marco del derecho privado.

²³ Comité de Empresa vs. Transportes Urbanos de Vitoria, Mayo 20, 2020 (Juz. Soc., No. 63/2020) (España).

²⁴ El ET establece en su D.A. 17 que las Administraciones Públicas, Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de ellas y otros organismos públicos no pueden realizar un ERTE, salvo aquellas que se financien mayoritariamente por operaciones de mercado.

²⁵ Comité de Empresa vs. Transportes Urbanos de Vitoria, Oct. 16, 2020 (T.S.J. del País Vasco Sala de lo Social, No. 1315/2020) (España).

za mayor que deberá ser constatada por la autoridad laboral conforme al artículo 51.7 ET,²⁶ sucede que en un número de ellos no se produce resolución administrativa expresa o esta es tardía. La interpretación judicial ha venido a avalar que a falta de resolución administrativa expresa, una vez superado el plazo para resolver, el efecto del silencio es positivo²⁷ pudiendo aplicar la empresa las medidas solicitadas.

“En definitiva, existe una consciencia de la precaria situación de recursos inmediatos que vivía España en los momentos más duros de la pandemia, lo que no impide la exigencia a los empresarios para que cumplan en la tutela permanente de la seguridad y salud de los trabajadores.”

En cuanto a la documentación²⁸ que se debe aportar a la negociación se reafirma el criterio que no toda ausencia daría lugar a la nulidad del ERTE y, por lo tanto, se aboga por una interpretación finalista.²⁹ Se deberá razonar de qué forma la falta de documentación ha impedido a la parte conformar la visión del estado de la empresa en relación con la causa alegada.

Respecto a la negociación paralela de medidas que alteran la jornada establecida por el convenio colectivo de aplicación, la jurisprudencia se ha pronunciado por la conformidad de estas medidas que suponen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en atención al contexto de la Covid-19 y la firma del acuerdo con la mayoría sindical.³⁰

Pese a estar ante un momento inédito que requiere flexibilidad en el seno de las relaciones laborales para la gestión de la pandemia esto no puede llevar a ignorar el procedimiento establecido para negociar la medida de ajuste colectiva. En consecuencia, una empresa que no aporta la documentación establecida, que no respeta los plazos, que incumple los criterios de afectación y supera el plazo de 15 días de comunicación a los afectados del ERTE ve como la medida es declarada nula.³¹

Los ERTES en las contrataciones han sido objeto de debate con la Covid-19 cuando la empresa contratante paraliza las actividades en sus instalaciones. En el caso Limp-

²⁶ El ET exige en este aspecto que la Autoridad Laboral autorice la suspensión de los contratos de trabajo. El concepto de fuerza mayor por la Covid-19 relaciona sus causas con una pérdida de actividad directa derivada de la pandemia tales como la suspensión de actividad, el cierre de locales, la falta de suministros, las medidas urgentes relacionadas con el contagio de los trabajadores, etc.

²⁷ Sindicato CCOO vs. Ana Naya García, Jun. 15, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 38/2020) (España).

²⁸ Si bien la legislación española establece una documentación mínima que ha de ser aportada en este tipo de procesos en función de las causas, la adicional que se solicita por las partes es una cuestión casuística interpretada por la jurisprudencia.

²⁹ Sindicato CSIF vs. Securitas, Julio 30, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 62/2020) (España).

³⁰ Sindicato AST vs. Securitas, Jul. 29 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 61/2020) (España).

³¹ Sindicatos CCOO, ELA vs. Rhenus Logistics, Jul. 20, 2020 (A.N. Sala de lo Social, No. 53/2020) (España).

iezas Plata vs. Consejería de Empleo³² la empresa contratista recurría la resolución administrativa que denegaba el ERTE por fuerza mayor solicitado. La Administración³³ entendía que se debería haber acudido un ERTE por causas ETOP.³⁴ La magistrada discrepa con la resolución administrativa puesto que considera que el ERTE se subsume en la causa relacionada con la suspensión o cancelación de actividades, estando ante una imposibilidad objetiva de prestación del servicio y por lo tanto revoca la resolución de la Administración.

Por último, se han sucedido supuestos donde las empresas han buscado la amortización de los contratos de trabajo a su cargo, lo que en muchos casos es contrario al espíritu de la normativa laboral de transición por la Covid-19. Así, el Juzgado de lo Mercantil 13 de Madrid³⁵ ante la solicitud de un concurso urgente, entendió que no cabía, sino que se debía reconducir por el mecanismo de los ERTES. Aunque todavía es pronto para saber el alcance del artículo 2 del RDL 9/2020³⁶ sobre la no justificación de las causas Covid-19 para extinguir los contratos de trabajo viene a ser un interesante precedente.

Conclusiones

La reprogramación de las vistas orales y de los procedimientos con las restricciones pertinentes para cumplir los protocolos frente a la Covid-19 ha producido un atasco importante por el volumen de procedimientos anteriores a la pandemia más los que se suman en todo este periodo.

Queda el reto de que la agilización en la tramitación de los procedimientos, ante la avalancha de asuntos pendientes, no suponga una merma de las garantías de las personas trabajadoras en el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. De momento, de la jurisprudencia estudiada se observa una línea continuista con la ya asentada, ensalzando el valor de la negociación colectiva en los procedimientos de suspensión de los contratos de trabajo o reducción de jornada. Ello no obsta para que, al mismo tiempo, se aplique una escrupulosa vigilancia en sede judicial con el cumplimiento del procedimiento de “mínimos” en cuanto a los plazos y la entrega de la docu-

mentación.

La jurisprudencia va a jugar un papel crucial a la hora de interpretar normas de excepción que por definición deja lugar a incertidumbres y conceptos interpretativos abiertos. Los ERTES, o los despidos por Covid-19 pese a la prohibición dictada por el Gobierno en este último caso, van a dar lugar a litigiosidad y aquí se esperan criterios unificadores por seguridad jurídica. A la espera del aplazado nuevo Estatuto de los Trabajadores o de la derogación de los aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2012, se observa crucial seguir avanzando en el conocimiento y aplicación del derecho internacional del trabajo para garantizar los estándares internacionales de protección para los trabajadores e ir asentando un nuevo marco normativo más equilibrado que los elementos más nocivos que incorporaba la reforma laboral de 2012.

³² Limpiezas Plata vs. Consejería de Empleo, Abr. 2, 2020 (Juz. Soc., No. 165/2020) (España).

³³ Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica del Principado de Asturias.

³⁴ Causas económicas, técnicas, organizativas y productivas.

³⁵ Asunto Comida de Cazuela, Abr. 29 2020, (Juz. Merc., No. Auto de 29 de abril de 2020) (España).

³⁶ El debate en la doctrina gira sobre las consecuencias de la norma. El sector mayoritario entiende que la consecuencia sería la improcedencia del despido por la no justificación de las causas. Un sector minoritario defiende que la norma ampara la prohibición por lo que la consecuencia de un despido por estas causas sería la nulidad del despido. RDL 9/2020, pp. 27548-27556 (R.D.L. 9/2020) (por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19. B.O.E., número 86, de 28 de marzo de 2020) (España).

EL DERECHO A CONDICIONES DE TRABAJO EQUITATIVAS Y SATISFATORIAS: LA PREVENCIÓN DE RIESGOS Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

MARÍA PAULA LOZANO Y MATÍAS CREMONTE

Argentina

Junto con la pandemia declarada por el COVID-19 comenzó el debate por las trágicas consecuencias que ella supone en el mundo del trabajo. Y uno de los aspectos relevantes es la vigencia del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en el marco del principio de indemnidad.

El derecho a no sufrir daños como consecuencia de la relación laboral tiene también como correlato la prevención de los riesgos y el derecho de acceso a la justicia en procura de una reparación justa del eventual daño.

En Argentina se debate este tema desde la sanción de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) en 1995,¹ y ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros aspectos, por la instauración de un laberíntico procedimiento administrativo, obligatorio y previo, que ejerce funciones jurisdiccionales, como condición de acceso a la justicia.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado una sentencia² que declaró internacionalmente responsable al Estado argentino por la violación de los derechos a las garantías judiciales, protección judicial y el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud de la persona que trabaja, con relación al acceso a la justicia.

Por otro lado, el sistema de riesgos del trabajo vigente, se centra en la reparación de los daños laborales pero elude regular adecuadamente el aspecto más importante: la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales.

Como directa derivación de ello, en el presente trabajo no sólo abordaremos estos tópicos, sino que intentaremos resaltar la importancia de la acción sindical en la prevención de los riesgos laborales y en la efectiva vigencia del derecho a no sufrir daños en la integridad psicofísica en el marco de la relación de trabajo.

El Fallo “Spoltore” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por primera vez en su historia, la CorteIDH aborda la cuestión de los daños en la salud de la persona que trabaja.

“En ese sentido, el tribunal consideró que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, observó que como parte integrante del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias se encuentra “la prevención de accidentes y enfermedades profesionales” como medio para garantizar la salud del trabajador. Agregó que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador se refiere al derecho a realizar sus labores en condiciones que prevengan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.”

En ese sentido, el tribunal consideró que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, observó que como parte integrante del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias se encuentra “la

¹ Ley No. 24.557, Octubre 3 de 1995 (Arg.).

² Spoltore vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D. H. (ser. C) No. 404 (9 de junio de 2020), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf.

prevención de accidentes y enfermedades profesionales” como medio para garantizar la salud del trabajador.³ Agregó que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador se refiere al derecho a realizar sus labores en condiciones que prevengan accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.⁴

Ahora bien, lo relevante en cuanto al derecho de acceso a la justicia, es que la Corte sentenció que en cumplimiento de las obligaciones de garantizar este derecho, los Estados deben asegurar que los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible tengan acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para solicitar una reparación o indemnización.⁵

En el caso, Victorio Spoltore, tras sufrir dos infartos, inició un proceso en contra de la empresa donde trabajaba para que se reconociera dichos padecimientos de salud como una enfermedad profesional y se le otorgara una indemnización. Este proceso se prolongó por más de 12 años y el Estado reconoció que dicha duración excesiva implicó una violación a la garantía del plazo razonable y el derecho a la protección judicial.⁶ La Corte reiteró que el acceso a la justicia es uno de los componentes del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador.⁷ En consecuencia, teniendo en consideración el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado debido a la demora excesiva del proceso judicial laboral y dado que al señor Spoltore no se le garantizó el acceso a la justicia en búsqueda de una indemnización por una posible enfermedad profesional, la Corte concluyó que el Estado es responsable de la violación del artículo 26 de la Convención, en relación con los artículos 8, 25, y 1.1 del mismo instrumento.

Consecuencias que emanan del fallo “Spoltore”

Si bien la Corte IDH no se refirió al sistema actualmente vigente en Argentina sobre riesgos del trabajo (LRT), la sentencia tiene evidente aplicación al tema, pues justamente se cuestiona al Estado por violación al derecho de acceso a la justicia. De hecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de su inconstitucionalidad e inconveniencia con relación a los obstáculos para acceder a la jurisdicción.

En efecto, el diseño establecido por la normativa local a partir de 1995 instituyó un sistema de externalización y socialización de costos empre-

sarios, con transferencia de recursos de las trabajadoras y trabajadores asalariados al sector financiero.

Colocó a las aseguradoras de riesgos del trabajo como gestoras del mismo, entidades privadas con fines de lucro, cuyo principal negocio se encuentra en el mercado financiero a partir de la masa de dinero generada por las alcúotas patronales. Poseen intereses objetivamente contrapuestos a las víctimas y tienen las principales funciones vinculadas a la gestión de la salud y vida de los trabajadores y las trabajadoras: la prevención, el control del cumplimiento de las medidas de seguridad laboral, asistencia médica, rehabilitación, recalcificación y reparación.

En su origen, los artículos 21, 22 y 46 de la LRT 24.557 y sus normas reglamentarias, crearon un procedimiento administrativo de carácter obligatorio, kafkiano, que sustrajo de la competencia judicial a los accidentes y enfermedades laborales, mediante la intervención obligatoria de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales y la Comisión Médica Central.

Este sistema le otorgó jurisdicción exclusiva a estos órganos administrativos en todo lo que hace a la determinación de la naturaleza laboral de un accidente o enfermedad, a la determinación al carácter y grado de la incapacidad, a la fijación de las prestaciones y a la resolución de las discrepancias entre los damnificados y/o derechohabientes con las aseguradoras de riesgos del trabajo.⁸

Se trata de órganos administrativos, cuyos integrantes son profesionales de la medicina que carecen de la formación jurídica necesaria para la resolución de aspectos jurisdiccionales, en donde no rigen los principios propios del derecho del trabajo – que hacen a la protección especial de la persona que trabaja - y no cumple con la garantía de acceso a un tribunal especializado en el derecho social.

Con la reforma llevada a cabo por la ley 27.348,⁹ se ratificó la obligatoriedad y el carácter excluyente del procedimiento administrativo previo ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales. No obstante, se establecieron dos modificaciones con las cuales se pretendió revestir de legalidad al sistema y sortear la jurisprudencia de la CSJN: se invita a adherir a las Provincias;¹⁰ y se establece la posibilidad de apelar ante la justicia ordinaria laboral.¹¹

¿Se adecuaba a los estándares constitucionales y convencionales el sistema de riesgos del trabajo

⁸ María Paula Lozano, *Reforma de la LRT: Veinte años no es nada. Volver a las inconstitucionales comisiones médicas*, 1 REVISTA LABORAL DE ACTUALIDAD 464, 42 (2017).

⁹ La Ley No. 27.348, 23 de febrero de 2017 (Arg.).

¹⁰ *Id.* at art. 4

¹¹ *Id.* at art. 2.



María Paula Lozano
Profesora adjunta en Derecho Social
Universidad Nacional de La Plata - Argentina
Vicepresidenta
Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas (AAL - Argentina)
Asesora sindical



Matías Cremonte
Vicepresidente regional
Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas (ALAL)
Ex presidente
Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas (AAL - Argentina)

resultante de la modificación operada por la ley 27.348?

La respuesta es negativa, las inconstitucionalidades persisten. El único objetivo de reducir la litigiosidad que tiñó la reforma, importó diseñar un maquillaje que deja intactos sus corrosivos cimientos. Pilares estructurales que importan la violación de derechos fundamentales plasmados en nuestra Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos con carácter supralegal y constitucional.

En efecto, subiste la violación a los artículos 5, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 109, 121, 75, inc. 12 y 22 de la Constitución Nacional argentina, los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros.

Del mismo modo, la norma local ratifica la vigencia del sistema de Listado de Enfermedades Profesionales, según el cual sólo se reconocen como tales a las incluidas en el mismo.¹²

Producto de la aplicación de dicho baremo y "listado cerrado," del total de 100% de siniestros reconocidos en Argentina, solo el 3% corresponde a enfermedades profesionales, cuando la Organización Internacional del Trabajo reconoce que de un total de siniestros, el 33,54% son enfermedades profesionales. Ese denominado "subregistro," afecta gravemente a los derechos de las y los trabajadores, especialmente de las mujeres siendo que padecen muchas afecciones no reconocidas, constituye la principal causa que ocasiona la necesidad de iniciar una acción judicial como condición necesaria para el acceso a una reparación. En proporción a la cantidad de dolencias que quedan sin cubrir, son pocos los reclamos que se inician.

A partir de la reforma operada por la ley 26.773¹³ – y sin perjuicio de la indudable inconstitucionalidad e inaplicabilidad en muchos casos, de la "opción excluyente" – en los hechos se ha demostrado una sustancial merma de las acciones comunes contra los empleadores. Lo cual redundará en un desaliento en lo que hace a la prevención, el cuidado de la salud y seguridad de las personas que trabajan.

Ello más aún teniendo en cuenta que en nuestro sistema normativo, no existe un derecho penal laboral, que propicie la protección de la salud y seguridad como bien jurídico.

¹² El art. 2 de la ley 27.348 ratifica que para todos los supuestos, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 9° de la ley 26.773. Es decir, los organismos administrativos y los tribunales competentes deberán ajustar sus informes, dictámenes y pronunciamientos al Listado de Enfermedades Profesionales previsto como Anexo I del decreto 658/96 y a la Tabla de Evaluación de Incapacidades prevista como Anexo I del decreto 659/96 y sus modificatorios, o los que los sustituyan en el futuro. La llamada apertura operada por el decreto 1278/2000, en la práctica se ha demostrado absolutamente insuficiente.

¹³ La Ley No. 26.773, 26 de Octubre de 2012 (Arg.).

La prevención: la participación de las y los trabajadores

La gravísima crisis mundial, regional y nacional provocada por la pandemia, puso de manifiesto el rol insustituible de los sistemas públicos de salud y la necesidad de proteger a las personas y a la sociedad por sobre el interés del mercado, cumpliendo con la manda constitucional del art. 14 bis CN y el seguro social obligatorio, que incluye, el subsistema de riesgos del trabajo.¹⁴ Las trabajadoras y los trabajadores dispensados del Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (ASPO) aún vigente en Argentina, se exponen a riesgos ante la emergencia sanitaria.

La ley 19.587 sostiene que todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores (art. 8). La LRT 24.557 establece que es objetivo de la ley reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo (art. 1, inc. 2.a), asimismo, obliga a los empleadores y a las ART adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (art. 4).

A estas normas básicas, entre otras, que consagran el deber de prevención y la obligación de seguridad en el contrato de trabajo, se suman múltiples protocolos de cumplimiento obligatorio para evitar el contagio de la COVID-19 de acuerdo a zonas y actividades.

"Por un lado, a nivel contractual, existe el derecho a retener tareas. Por otra parte, existe un rol primordial e indelegable de la autoridad de aplicación - Ministerio de Trabajo, delegaciones locales, etc.- en sus distintos niveles, para controlar, inspeccionar y sancionar en su caso, la falta de cumplimiento de la normativa de salud y seguridad."

El reconocimiento de la COVID-19 presuntivamente como enfermedad profesional "no listada"¹⁵ se ha mostrado insuficiente y la reglamentación es restrictiva, ya que introduce obstáculos a los trabajadores que contraen coronavirus para obtener las prestaciones y la atención integral de su afección.

¿Cuáles son las herramientas que tienen las y los trabajadores frente a los incumplimientos patronales y a los conflictos que se suscitan respecto a las condiciones laborales?

Frente a la pandemia, el principio de indemnidad, constitutivo del derecho social, se redimensiona. Por un lado, a nivel contractual, existe el derecho a retener

¹⁴ María Paula Lozano, *El Rol de los Comité Mixtos frente a la pandemia*, REVISTA DE DERECHO LABORAL, 49-54, (2020).

¹⁵ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/2020, del 14 de abril de 2020, reglamentado por la Resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo N° 38/2020 (Arg.).

tareas.¹⁶ Por otra parte, existe un rol primordial e indelegable de la autoridad de aplicación - Ministerio de Trabajo, delegaciones locales, etc.- en sus distintos niveles, para controlar, inspeccionar y sancionar en su caso, la falta de cumplimiento de la normativa de salud y seguridad.

Pero fundamentalmente, la acción colectiva se evidencia como la herramienta más idónea para la prevención.

Según la normativa local, la acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador.¹⁷

Y frente a las restricciones a la posibilidad de circular y las dificultades del ejercicio de la acción sindical en el contexto de aislamiento, el rol de del Comité Mixto en Salud y Seguridad Laboral en el establecimiento, se vuelve fundamental.

La acción de los Comités Mixtos, a través de los representantes de los trabajadores y las trabajadoras en los lugares de trabajo, supone la posibilidad de participar, opinar y exigir la adopción de todas las medidas adecuadas a fin de evitar los contagios y preservar la integridad psicofísica de los trabajadores.

Los Comités Mixtos están integrados por la parte empleadora y la parte sindical, en igual número de personas. Su objetivo es evitar los accidentes y las enfermedades laborales.¹⁸ Son las y los trabajadores, quienes están en contacto directo con el proceso productivo y conocen mejor que nadie a qué riesgos se exponen, quienes podrán ejercer la autotutela colectiva para preservar su salud y vida.

Sólo dos provincias argentinas cuentan con una legislación que obliga a la constitución de Comités Mixtos en cada establecimiento.¹⁹ No obstante, a nivel nacional no existe una legislación similar, salvo algunos convenios colectivos de trabajo que consagran esta herramienta (minería, televisión por cable, aceiteros, entre otros).

En un momento de grave crisis sanitaria y emergencia, con consecuencias drásticas en lo económico y social, existe un riesgo de retorno a la "unilateralidad" patronal, aspiración que siem-

pre está presente en el sector empresarial. Con lo cual, la acción sindical y la reafirmación de la dimensión colectiva, es de vital importancia.

Conclusión

El acceso a la justicia para encontrar la reparación de los daños psicofísicos provocados por el trabajo se vio fortalecido por la sentencia de la CortelDH en el caso "Spoltore," y ello indudablemente resulta de vital importancia.

El sistema interamericano de derechos humanos poco a poco se va mostrando más receptivo para atender las causas por vulneración de derechos económicos, sociales y culturales, y dentro de ellos, los laborales.

La demora para acceder a la jurisdicción provocada por instancias administrativas previas obligatorias se ve agravada por la excesiva duración de los procesos judiciales, y ello fácilmente se transforma en una denegación de justicia. En efecto, en muchos casos el estado de necesidad de muchos trabajadores y trabajadoras los constringe a aceptar acuerdos conciliatorios que de ningún modo serían aceptables de contar con un sustento digno o con la perspectiva de una sentencia en un plazo razonable. La depreciación del valor de la moneda, además, no siempre va acompañada de un mecanismo de actualización que por lo menos garantice que la indemnización percibida al final del proceso no se haya desvalorizado.

En consecuencia, la instauración de comités mixtos en todos los establecimientos laborales que garanticen una adecuada prevención de accidentes y enfermedades laborales constituye la mejor herramienta para la efectiva vigencia del principio de indemnidad.

Por todo ello, la mayor participación de las y los trabajadores, sobre la base del cuidado y la evitación de los daños en la salud laboral, redundan en beneficio para todas las partes, ya que es la forma más eficaz de reducir los riesgos laborales. Especialmente, en momentos de pandemia.

¹⁶ La Ley No 20.744, la Ley de Contrato de Trabajo, Art. 75, 13 de marzo de 1976 (Arg.); Código Civil y Comercial de la Nación [Cod. Civ.]

[COMMECCIAL CIVIL CODE] art. 1030 -1031 (Arg.).

¹⁷ La Ley No. 23.551, Ley de Asociaciones Sindicales, Art. 3, 23 de marzo de 1988 (Arg.) (afirma que "se entiende por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo".)

¹⁸ Luciana Censi y María Paula Lozano, *La ley 14.408 y los comités mixtos en la Provincia de Buenos Aires*, EL ROBLE INFORMACIÓN DESDE LAS BASES (marzo 2016), <https://periodicoelroble.wordpress.com/2016/06/29/la-ley-14-408-y-los-comites-mixtos-en-la-provincia-de-buenos-aires/>

¹⁹ En la Provincia de Santa Fe rige la ley 12.913 desde el año 2008; en la Provincia de Buenos Aires, está vigente la ley 14.408 desde el año 2012.

EL SINGULAR SISTEMA DE CONCESIONES DE AUSTRALIA HA SIDO PUESTO A PRUEBA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

HA DEMOSTRADO SER FÁCILMENTE ADAPTABLE PARA PROTEGER LOS INTERESES DE LOS EMPRESARIOS, PERO MENOS EFECTIVO PARA LA PROTECCIÓN PROACTIVA DE LOS EMPLEADOS

TREVOR CLARKE

Australia

El sistema legislativo laboral de Australia tiene múltiples niveles y, como Federación, algunas complejidades. Como país de derecho consuetudinario, el marco básico de los contratos de trabajo está subordinado a estatutos Estatales y Federales. La reglamentación de la discriminación, salud y seguridad, indemnización por accidentes laborales y el servicio público son las funciones principales de la legislación laboral del Estado. La normativa Federal proporciona un marco para la negociación colectiva y la ejecución, solapando protecciones relacionadas con la discriminación, así como para el registro y rendición de cuentas de las asociaciones de empresarios y trabajadores. Hasta ahora, todo completamente ordinario. Lo peculiar de Australia es su sistema de Concesiones.

El sistema de Concesiones fue desarrollado en una época en la que el apelativo "Concesión" tenía algo de sentido: en las primeras iteraciones del sistema, una "Concesión" era la decisión que tomaba un árbitro en relación a alguna controversia entre los representantes empresariales y los de los trabajadores con respecto al salario, las condiciones y los asuntos complementarios. Las partes de dicha controversia determinaban el alcance de la disputa, las áreas en las que podían estar de acuerdo y las áreas en las que era necesario el arbitraje. El árbitro era un Tribunal constituido por miembros cuasi-jurídicos nombrados por el Parlamento. Las concesiones se hacían con base a las comunidades de interés de una industria u ocupación. El requisito constitucional del carácter interestatal de las controversias era fácilmente satisfecho.

Desde las dos últimas décadas del siglo pasado, el marco de relaciones industriales, incluyendo el sistema de Concesiones, fue revisado sustancialmente en múltiples etapas. Esto era asociado a un cambio de énfasis de la determinación centralizada a la negociación empresarial y coincidió con la naciente ortodoxia del neoliberalismo en los Estados Unidos y el Reino Unido. Un cambio de gobierno hacia la derecha en los años 90 aceleró el ritmo de cambio, aunque muchos afir-

marían que no así a su dirección en general. Bajo el modelo revisado, el sistema de Concesiones continuó su funcionamiento, aunque con un ámbito reducido con respecto a qué tipos de términos y condiciones eran "permisibles" en las Concesiones y una serie de principios (tanto legislativos como emergidos de la jurisprudencia del tribunal) que establecían que las Concesiones no deberían más que proporcionar una "red de seguridad" – las necesidades básicas. Si los trabajadores y sus sindicatos deseaban algo más que las necesidades básicas, entonces debían seguir la ruta del sistema de negociación.

Se han escrito abundantes artículos en otras partes sobre si el sistema de negociación en Australia y su derecho a huelga relacionado han cumplido la promesa de una distribución equitativa de las ganancias de la productividad o le dan un efecto apropiado a las obligaciones internacionales que sustentaron su diseño.¹ El asunto más importante para los fines actuales es

¹ See International Labour Organization (ILO), *Direct Request of Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia (Ratification: 1973)*, adopted 2009, published 99th ILC session (2010), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:P11110_COUNTRY_ID:P11110_COUNTRY_NAME:P11110_COMMENT_YEAR:2317733,102544,Australia,2009; ILO, *Observation (CEACR) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia (Ratification: 1973)*, adopted 2009, published 99th ILC session (2010), http://ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2317726; ILO Committee on Freedom of Association, *Report in which the committee requests to be kept informed of development in Case No 2698*, Report No. 357, at 229, (June 2010) https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2911836; ILO, *Observation (CEACR) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia, adopted 2011, published 101st ILC session (2012)* http://ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2698917; ILO, *Observation (CEACR) - Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia, adopted 2013, published 103rd ILC session (2014)* http://ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3148210; ILO, *Observation (CEACR) Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) - Australia, adopted 2016, published 106th ILC session (2017)*, http://ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3299915.



Trevor Clarke

Gerente
Industrial and Legal
Australian Council of
Trade Unions
Miembro
ILAW Advisory Board

que antes de que se dejara marchitar sin florecer al sistema de Concesiones por las agresivas emiendas “WorkChoices” de 2006, éste logró sortear la gran cantidad de retos del siglo XX para conseguir no sólo una normativa básica de salarios y condiciones para trabajadores, sino también desempeñar un papel clave en reformas más amplias, incluyendo estructuras salariales en función de las habilidades vinculadas a un marco de cualificaciones coherente a escala nacional, normativa para los trabajadores del sector textil en relaciones no laborales, trabajo significativo y un complemento salarial y de ayuda social para trabajadores con discapacidades intelectuales, jubilación obligatoria, y, al menos cosméticamente, igualdad salarial para las mujeres.

El sistema de Concesiones, tal como lo conocemos hoy, es el producto de un fugaz cambio de gobierno hacia la izquierda entre 2007 y 2013, que prometió “abolir WorkChoices” y empezar de nuevo. El marco legal que rige el sistema de Concesiones ya no trata de resolver controversias prácticas de la vida real entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios. A pesar de que el sistema de Concesiones sigue funcionando con base en los grupos industriales y ocupacionales, su razón de ser es elaborar normas que aseguren que “las concesiones actuales... proporcionen una red de seguridad justa y relevante..”² El tribunal (ahora llamada la “Fair Work Commission [Comisión de Trabajo Equitativo]”) ha aceptado que su papel en el mantenimiento del sistema de Concesiones se ha transformado, de la resolución de controversias entre partes verificables al ejercicio de una función regulatoria que refine instrumentos normativos³, a pesar de que acepta que el ejercicio de dicho papel sigue trayendo consigo la necesidad de acordar la equidad procesal.⁴

Lo anterior es el contexto dentro del cual se analiza cómo se ha adaptado el sistema de “concesiones actuales” de Australia a los retos planteados por la COVID-19.

En primer lugar, los salarios. La Fair Work Commission llevó a cabo su revisión anual del salario mínimo y de los salarios en concesiones actuales a lo largo de un período prolongado, dando el mayor tiempo posible para tomar en cuenta información emergente acerca de los efectos de la COVID-19 en la economía, el nivel de vida y el mercado laboral. En la época en la que se escribió la decisión de la Revisión Anual de Salarios,⁵ Australia se encontraba saliendo de la primera ola de infección, pasando de un máximo de más

de 300 casos al día entre mediados de marzo y principios de abril a menos de 40 al día de forma consistente a partir de finales de abril. Las restricciones a las negociaciones comerciales, el distanciamiento social y las limitaciones a la movilidad fueron siendo relajados progresivamente, y las medidas gubernamentales de apoyo a trabajadores y empresarios se fueron implementando. No obstante, el banco central (Reserve Bank of Australia [Banco de la Reserva de Australia]), Hacienda y grupos empresariales predecían un período de incertidumbre constante añadido a lo que ya se había vivido en el mercado laboral y las condiciones comerciales, así como una dificultad para predecir la posición global, incluyendo aquella de los principales socios comerciales. A pesar de que se reconocía que la recuperación económica estaba claramente vinculada con el control de la COVID-19 y el levantamiento de las restricciones, no era menos cierto que no se podía descartar una segunda ola, que los efectos entre industrias habían sido desiguales y que incluso los efectos económicos a corto plazo en las empresas y hogares podían tener efectos a largo plazo sobre su comportamiento económico.

Ante esto, el ACTU [Consejo Australiano de Sindicatos] buscó refutar las demandas de los empresarios de mantener los salarios en los niveles actuales resaltando la necesidad de usar a los salarios para acelerar la recuperación económica contribuyendo al consumo, en especial el gasto al consumo en bienes y servicios de bajo coste/alta facturación en las industrias que han sido más afectadas por las restricciones que estaban siendo moderadas en aquel momento. En el resultado, la Fair Work Commission optó por una pequeña subida del 1,75% al salario mínimo y a los salarios en las concesiones actuales, implementada en tramos: las industrias menos afectadas por la pandemia recibieron su incremento el 1 de julio, la fecha habitual, mientras que las industrias afectadas a nivel intermedio recibieron un aplazamiento de 4 meses y las industrias más afectadas obtuvieron un aplazamiento de 7 meses. La Comisión no fue persuadida por los escritos que afirmaban que una subida demasiado escasa *no* equivaldría a “actuar cautelosamente”, en circunstancias donde subidas previas a niveles entre el 3% y el 3,5% únicamente habían estabilizado el declive del rendimiento del salario mínimo (Australia es uno de 6 países de la OCDE que puede demostrar haber sufrido un declive del rendimiento del salario mínimo en las dos últimas décadas⁶) y existía un número creciente de pruebas de estrés económico entre los trabajadores poco remunerados, incluyendo inseguridad alimentaria y mendicidad.⁷ El resultado final es entonces uno donde el riesgo de pérdi-

² Fair Work Act 2009, s. 34 (Austl.).

³ [2017] FWCFB 3001 at 271, Fair Work Commission (Austl.); [2015] FWCFB 3406 at 156, Fair Work Commission (Austl.); [2015] FWCFB 4466 at 253, Fair Work Commission (Austl.).

⁴ [2016] FWCFB 3500 at 15, Fair Work Commission (Austl.).

⁵ [2020] FWCFB 3500, Fair Work Commission (Austl.).

⁶ Australian Council of Trade Unions (ACTU), *Initial Submission to the 2019-2020 Annual Wage Review*, ACTU D. 17/2020 at Figure 87 (March 2020).

⁷ *Id.* at Chapter 4.4.3.

das económicas asociado con la pandemia se traduce en una moderación salarial. La probabilidad de cualquier recuperación en la decisión del próximo año es igual a la probabilidad de que sea determinada por la “incertidumbre”, habiendo ya establecido la Comisión que la legislación no le permite adoptar un rango objetivo hacia donde debería orientarse el salario mínimo a mediano plazo.⁸

A finales de marzo, antes de la conclusión de la Revisión Anual de Salarios, los grupos empresariales comenzaron a acercarse a los sindicatos y al ACTU en un esfuerzo para llegar a un acuerdo sobre variaciones temporales a las Concesiones para adaptarlas a sus necesidades como consecuencia de las restricciones al comercio y del distanciamiento social impuestos por los gobiernos Estatales. El hecho que los grupos empresariales abordasen el tema basándose en la búsqueda de consensos antes de actuar les hace honor a las personas involucradas. No obstante, el proceso consistió esencialmente en negociaciones preferenciales: Los grupos empresariales buscaron reducir las horas de trabajo y otros costes debido a la restricción de sus operaciones obligada por la legislación, los sindicatos buscaron límites y garantías procesales para los nuevos derechos empresariales.

El lote inicial de variaciones temporales propuestas afectó a las industrias administrativas y de hotelería, y fueron apoyadas por el gobierno y los representantes industriales y aprobadas con rapidez por la Comisión.⁹ El objetivo esencial de las variaciones era asegurar la viabilidad del comercio en circunstancias en las que la existencia de un riesgo para algunas de ellas era tan obvio (por ejemplo, la prohibición por ley de sentar clientes en los restaurantes) que no tenía sentido insistir en pedir pruebas tanto del riesgo como de las pérdidas reales. Las variaciones les proporcionaron a los empresarios el derecho temporal a reducir las horas de trabajo, a reducir las delimitaciones por habilidades/trabajos y a que las empresas les pudieran exigir a sus trabajadores días de licencia acumulados o permitirles tomar una licencia por un período prolongado a medio sueldo. Sólo uno de los componentes de las variaciones temporales contenía alguna expresión colectivista: se les daría el derecho a los trabajadores administrativos de votar la reducción de sus horas de trabajo, con una exigencia del 75% del voto mayoritario, así como una ficha informativa del sindicato correspondiente antes de emitir su voto. El resto de los cambios operaban sobre la base de proveerle el derecho a los empresarios de negociar individualmente con estos trabajadores hasta qué punto podían ir por debajo del “mínimo indispensable” en áreas específicas, o simplemente les proporcionaba el derecho a dar indicaciones relacionadas con dichos asuntos.

La Comisión vio un mayor valor en el uso de licencias anuales a mitad de salario como una medida de apoyo

durante la pandemia y a principios de abril propuso variar *todas* las concesiones para permitir que esto fuera posible, en los casos en los que fueron acordados entre los empleados y el empresario. Sin embargo, la propuesta de la Comisión igualmente incluyó el derecho a una licencia *sin remuneración* que le sería provista a los trabajadores en el caso de que fueran exigidos por las autoridades a entrar en cuarentena o autoaislamiento debido a las condiciones de la COVID-19. Dicho derecho era necesario, en opinión de la Comisión, debido a que evitaba que se colocara al empleado “en la injusta posición de incumplir las instrucciones o directrices sanitarias, o poner en peligro su empleo”.¹⁰ Con la excepción de un puñado de Concesiones, estas dos variaciones fueron desplegadas por todo el sistema de Concesiones con una fecha de vencimiento inicial del 30 de junio de 2020.

“El resultado final es entonces uno donde el riesgo de pérdidas económicas asociado con la pandemia se traduce en una moderación salarial.”

Los primeros días de abril fueron igualmente significativos en el sentido que vieron la introducción de una política de subsidio a los salarios (el plan “JobKeeper”), como parte de la respuesta del gobierno federal a la pandemia de la COVID-19. El subsidio ponía a disposición \$1500AUD quincenalmente a ser aportados por el gobierno a los salarios de los trabajadores de empresarios que hubieran experimentado o proyectado un declive en su facturación de entre el 30% y el 50%. Sin embargo, los cambios hechos a la ley que acompañó a JobKeeper¹¹ le permitía a los empresarios que percibían el pago reducir las horas de trabajo de sus empleados, aumentar sus tareas y las ubicaciones donde podían ser efectuadas así como llegar a acuerdos individuales sobre el uso de licencias y horas de trabajo acumuladas. Dichos acuerdos podían hacerse independientemente de las disposiciones al contrario provistas en Concesiones o Acuerdos Empresariales y sin la necesidad de modificarlos: era un plan de regulación completamente separado y superior. Existían exigencias para que los empresarios no dieran instrucciones excesivas bajo las circunstancias, así como exigencias para que los empleados no rehusaran injustificadamente su aceptación a las solicitudes del empresario, y se le dio una función resolutoria de conflictos a la Comisión. Al contrario de la dirección general del derecho laboral en Australia en las últimas décadas, se le otorgó una autorización específica a la Comisión para decidir sobre dichas disputas mediante el arbitraje. Estas controversias estaban vinculadas y se enfocaban generalmente a reclamaciones individuales, excepto donde el contexto era la emisión por los empresarios de instrucciones idénticas para todos los miembros de una plantilla o sección de la misma

⁸ [2017] FWCFB 1931, Fair Work Commission (Austl.).

⁹ [2020] FWCFB 1960, Fair Work Commission (Austl.); [2020] FWCFB 1741, Fair Work Commission (Austl.); [2020] FWCFB 1574, Fair Work Commission (Austl.).

¹⁰ [2020] FWCFB 1837at 68, Fair Work Commission, (Austl.).

¹¹ *Coronavirus Economic Response Package Omnibus* (Measures No. 2) Act 2020 (Austl.).

valiéndose de los nuevos derechos.¹²

Luego de que esas leyes entraron en funcionamiento, sucedió algo interesante. La Comisión comenzó a tener una perspectiva diferente de cuáles eran los ingredientes necesarios para una “red de seguridad equitativa e importante”, al encontrarse con solicitudes de modificación de Concesiones como respuesta a la COVID-19 o prolongar la duración de las variaciones existentes. En el caso de las variaciones a las Concesiones que regulaban a la industria de la comida rápida y a la de venta y reparación de vehículos, las variaciones por COVID-19 (las cuales, al igual que las que fueron impuestas anteriormente, otorgaban la capacidad de reducir horas de trabajo entre otros asuntos) fueron expresadas para que *no* fueran aplicadas a los empresarios que ya estuviesen recibiendo pagos de JobKeeper: estos empresarios tenían medios para reducir las horas de trabajo y evidentemente no los necesitaron.¹³ La Comisión también exigió pruebas de problemas empresariales en los sectores relevantes en respaldo de la propuesta de que las variaciones eran de hecho necesarias. Además, el ejercicio de los nuevos derechos empresariales en esa diversidad de Concesiones estuvo sujeto a un procedimiento de resolución de conflictos que incluyó el arbitraje de oficio. La Comisión le dio “el peso necesario” a la presencia de esa garantía al considerar si la variación temporal buscada “...aseguraría que la Concesión proporcionase una red de seguridad de términos y condiciones equitativa e importante”, al acordar que los trabajadores que se enfrentaban a una reducción de horas en virtud de la Concesión no debían estar en desventaja material en comparación con aquellos cuyas horas pueden ser reducidas según las disposiciones legales que formaban parte del marco legal de JobKeeper.¹⁴

El renovado interés en los méritos del arbitraje fue bienvenido. El arbitraje de controversias era un derecho que estaba profundamente arraigado en las primeras iteraciones del sistema de Concesiones y, mientras que las cláusulas de arbitraje eran admisibles por lo general en las concesiones actuales, la Comisión había decidido que el arbitraje obligatorio de controversias laborales (en oposición al arbitraje únicamente por acuerdo de ambas partes) *no* era necesario cuando redactó esas concesiones actuales hacía más de una década.¹⁵ Que el punto de inflexión para la Comisión haya llegado a través de una com-

paración con un punto de referencia fijado por una legislación de emergencia que otorgó derechos extraordinarios a los empresarios y que fue introducida por el gobierno más derechista que haya visto el país, es, cuando menos, desconcertante.

“Que el punto de inflexión para la Comisión haya llegado a través de una comparación con un punto de referencia fijado por una legislación de emergencia que otorgó derechos extraordinarios a los empresarios y que fue introducida por el gobierno más derechista que haya visto el país, es, cuando menos, desconcertante.”

En medio de los movimientos hechos por la Comisión para introducir licencias no remuneradas para trabajadores a quienes les fue exigido el autoaislamiento o una cuarentena en relación con la COVID-19, el ACTU y sus sindicatos afiliados en los sectores sanitarios y auxiliares se encontraban preparando una reclamación para licencias remuneradas. El argumento a favor, en esencia, era que: (a) esos trabajadores tenían mayores probabilidades que los demás de entrar en contacto con personas con COVID-19, tanto por la naturaleza de su trabajo como por el hecho de que su trabajo era una de las pocas áreas de actividad que tenían permitido continuar casi sin restricciones; (b) esos trabajadores tenían más probabilidad de interactuar con personas en alto riesgo de contraer el virus o de sufrir graves complicaciones debido a éste; (c) esos trabajadores tenían mayores probabilidades de contraer y contagiar el virus; y (d) esos trabajadores tenían más probabilidades de ser sujetos a obligaciones de autoaislamiento o cuarentena o a realizar éstos más de una vez. En tales circunstancias, había riesgos relacionados con la vuelta al trabajo de los empleados o que éstos buscaran un segundo empleo para poder mantener sus ingresos cuando deberían haber estado alejados de su lugar de trabajo: por lo tanto, el derecho a una licencia remunerada reduciría el riesgo de que unos trabajadores contagiasen a otros, o que contagiasen a sus pacientes o clientes. El mérito lógico de dicho argumento y la evidencia aportada por expertos para respaldarlo fueron aceptados por la Comisión (aunque no en relación con cada sector sanitario y sectores conexos donde se buscó ese derecho), pero no fueron suficientes para que la reclamación tuviese éxito.¹⁶ La Comisión explicó su decisión de la siguiente manera: “El factor principal que hemos tomado en cuenta es que, en las circunstancias actuales, la medida del éxito en el control de la pandemia de la COVID-19 significa que el elevado riesgo potencial para los trabajadores sanitarios y asistenciales a una exposición real o supuesta al contagio no se ha

¹² See e.g. *Transport Workers Union of Australia v. Prosegur Australia Pty Ltd* [2020] FWCFB 3655, Fair Work Commission (Austl.).

¹³ [2020] FWCFB 2316, Fair Work Commission, (Austl.); [2020] FWCFB 2367, Fair Work Commission (Austl.).

¹⁴ [2020] FWCFB 2367 at 93, Fair Work Commission, (Austl.).

¹⁵ See [2008] AIRCFB 1000, Australian Industrial Relations Commission (Austl.).

¹⁶ [2020] FWCFB 3561 at 122-132, Fair Work Commission, (Austl.).

manifestado en realidad".¹⁷ Parecía entonces que las medidas preventivas para salvar comercios y empleos eran más fáciles de obtener que las medidas preventivas para proteger la salud pública y posiblemente salvar vidas.

A favor de la Comisión, podemos decir que ésta no desestimó las aplicaciones, sino que en su lugar las aplazó, para poder reevaluar los méritos de la prevención en caso de que realmente hubiera pérdidas reales. Las hubo dos semanas más tarde – en forma de una segunda ola que provocó gran cantidad de contagios a través de residencias de ancianos involucrando tanto a los residentes como al personal. La Comisión retomó el tema de oficio y decidió que otorgaría licencias remuneradas de dos semanas de autoaislamiento o cuarentena para trabajadores cubiertos por Concesiones en residencias de ancianos, pero no para otros.¹⁸ A la fecha de redacción de este artículo, habían casi 4000 casos de COVID-19 en los residentes y el personal de asilos de ancianos en Australia y 580 muertes.¹⁹

El ACTU y sus sindicatos afiliados están llevando a cabo actualmente procedimientos adicionales en la Comisión que buscan la prolongación del derecho a los trabajadores de asistencia a discapacitados, entre un número de casos que se acercaba al que se observaba en el momento en que se tomó la decisión relacionada con el sector de asistencia a ancianos. Desde que la decisión relacionada con el sector de atención a ancianos fue tomada, el gobierno conservador ha desplegado un plan para remunerar a trabajadores a los que se les exija un autoaislamiento o cuarentena con un pago en efectivo de \$1.500, en casos en los que no tengan derecho a una licencia o que no se encontrasen ya recibiendo un apoyo a sus ingresos. Esta cantidad es \$7,60 menor a dos semanas de Salario Mínimo Nacional. Mientras que esto sería insuficiente para cubrir las ganancias a tiempo completo de los trabajadores que resultarían beneficiados por los procedimientos actuales, el asunto esencial es la visión que tendrá la Comisión sobre las exigencias mínimas indispensables, ante esta fuente alternativa de ingresos que el gobierno federal obviamente estima ser suficiente.

La Comisión tomó a finales de agosto la medida poco usual de publicar un borrador con un conjunto de disposiciones para ser tomadas en cuenta por las partes en caso de que busquen variaciones temporales adicionales para las Concesiones para hacer frente a las consecuencias

de la COVID-19.²⁰ Algunas de las características de las disposiciones les resultarán familiares a aquellos que estén versados en la legislación JobKeeper y las variaciones ya otorgadas, tales como la capacidad de reducir horas de trabajo, cambiar horas de trabajo, ampliar tareas, tomar licencias anuales a mitad de salario o reubicar a trabajadores. Sin embargo, el arbitraje obligatorio de disputas es igualmente una característica, como lo son algunas disposiciones potencialmente beneficiosas tales como la facilitación de acuerdos, trabajar desde casa, trabajar semanas laborales comprimidas u horas de inicio o de finalización escalonadas para minimizar las aglomeraciones en áreas comunes o en el transporte público. Las licencias remuneradas en los casos en que se le exija un autoaislamiento o cuarentena al trabajador no son una característica. A la fecha, los sindicatos han mostrado poco interés en negociar variaciones a las Concesiones con base en estas disposiciones.

Estos tiempos inusuales claramente han puesto presión sobre la Comisión, y ésta hasta ahora ha tendido a pecar de cautela en relación con la reducción de riesgos a los empresarios, mientras exige más persuasión en cuanto a los riesgos y preocupaciones de los trabajadores más allá de las voces de los propios trabajadores. Sin embargo, una evaluación final del sistema actual de concesiones durante la pandemia de COVID-19 es prematura. Mientras que la Comisión se encuentra en una clara evolución para ser más sensible a los problemas de los trabajadores, existe un riesgo real de que no será vista como una avenida para el alivio real de los trabajadores y que las concesiones actuales únicamente tendrán una influencia secundaria sobre las soluciones laborales que mejor se ajusten a los trabajadores en el panorama de la continua pandemia de la COVID-19 y sus efectos posteriores.

¹⁷ [2020] FWCFB 3561 at 129, Fair Work Commission, (Austl.).

¹⁸ [2020] FWCFB 3940, Fair Work Commission, (Austl.).

¹⁹ Australian Government Department of Health, *COVID-19 outbreaks in Australian residential aged care facilities* (Sept. 2020), <https://www.health.gov.au/sites/default/files/documents/2020/09/covid-19-outbreaks-in-australian-residential-aged-care-facilities-11-september-2020.pdf>

²⁰ Fair Work Commission, *The Fair Work Commission's Coronavirus (COVID-19) update – Draft Award Flexibility Schedule*, (August 2020) <https://www.fwc.gov.au/documents/documents/re-sources/covid-19-information/presidents-statement-fwc-covid-19-response-2020-08-31.pdf>

NEOLIBERALISMO Y COVID-19: IMPACTOS EN LA JUSTICIA LABORAL EN BRASIL

PEDRO DANIEL BLANCO ALVES Y MAXIMILIANO NAGL GARCEZ

Brasil

Brasil es un país con desigualdades estructurales profundas, que tienen sus raíces en el trabajo esclavo de los trabajadores africanos e indígenas; de hecho, el trabajo forzoso persiste hasta el día de hoy en algunas partes del país, a menudo en forma de servidumbre por deudas. Con la industrialización del país en la década de 1930, los derechos laborales se extendieron gradualmente a los trabajadores urbanos que se integraron en las incipientes industrias nacionales. Harían falta décadas para que esos derechos se extendieran a los trabajadores rurales. A pesar del rápido crecimiento de la economía brasileña en las décadas de los 60 y 70, como resultado de la consolidación de la base industrial nacional, las ganancias económicas no llegaron a la clase obrera ni a los segmentos marginales de la población.¹

En 1964, un sangriento golpe militar sumergió a la sociedad brasileña en más de 20 años de autoritarismo y dictadura. La Ley del Trabajo de los años 30 se debilitó gravemente durante ese tiempo, los llamados “años de plomo”. La clase obrera brasileña vio el fin de la estabilidad laboral, el advenimiento del trabajo temporal (un prototipo normativo para la subcontratación) y la restricción salarial. La persecución política y el terrorismo de Estado silenciaron a los sindicatos y movimientos en defensa de los trabajadores. Al mismo tiempo que los propietarios de las industrias experimentaban ganancias extraordinarias, la pobreza aumentó para la clase obrera debido a lo que algunos autores llaman la privatización del espacio público.² Como resultado de la crisis de la deuda que afectó fuertemente a las economías periféricas, ya subordinadas al poder hegemónico de los Estados Unidos, los años ochenta fue un período desastroso para el mercado laboral brasileño.

¹ See Maximiliano Nagl Garcez, *A Struggle for Democracy in the Workplace: The Possibilities and Limits of the Constitutionalization of Labour and Employment Law in Brazil*, 48(1-2) LES CAHIERS DE DROIT 137, 137-152 (2007).

² Eduardo Fagnani, *Política social e pactos conservadores no Brasil: 1964/92*, 8(1) ECONOMIA E SOCIEDADE 183, 183-238 (1997).

El período de redemocratización en Brasil estuvo simbolizado por la adopción de la Constitución Federal de 1988, que hizo de la valorización del trabajo un eje principal del sistema jurídico. Formalizó, entre otros principios, la prohibición del retroceso en relación con los derechos laborales. Sin embargo, Brasil se insertó pasivamente en la globalización³ y en el programa neoliberal de los años noventa. Esto incluyó el desempleo estructural, el desmantelamiento de las industrias nacionales, la privatización de empresas estatales estratégicas y los ataques a la legislación laboral. Este proceso destructivo se interrumpió temporalmente durante los gobiernos progresistas y populares de Lula da Silva, a partir de 2003, y, más tarde, de Dilma Rousseff, a partir de 2011. Aunque no se abordaron las reformas clásicas del capitalismo contemporáneo (agraria, tributaria y social), como señaló Pochmann,⁴ se produjo una apreciación sin precedentes de las clases trabajadoras, con una gran expansión de las políticas de distribución de la riqueza, un aumento de la inversión estatal en áreas estratégicas, un incremento del salario mínimo y el inicio de un desarrollo económico con una inclusión social nunca antes promovida en la historia del país.

El fin de este ciclo de desarrollo social llegó con el golpe de 2016, con impactos inmediatos para los trabajadores y toda la sociedad.

Repercusiones laborales del golpe parlamentario de 2016

La destitución de la Presidenta Dilma Rousseff en 2016, un eufemismo para el golpe parlamentario que interrumpió su segundo mandato (a pesar de cualquier prueba de actividad ilegal) representó un momento histórico en el proceso de flexibilización de los sistemas de protección social y laboral de Brasil. Se trata de

³ Marcio Pochmann, *Ajuste econômico e desemprego recente no Brasil metropolitan*, 29(85) ESTUDOS AVANÇADOS, 7-19 (2015).

⁴ Marcio Pochmann, *Brasil: segunda grande transformação no trabalho?*, 28(81) ESTUDOS AVANÇADOS, 23-38 (2014).

gran medida de una continuación del movimiento de austeridad en curso desde los años noventa, que se interrumpió en 2003 con el inicio de los gobiernos populares.⁵

El derecho laboral en Brasil surgió en la década de 1930 y estuvo simbolizado por las Leyes Laborales Consolidadas (CLT, por sus siglas en inglés), adoptadas por el gobierno de Getúlio Vargas en 1943. Aunque las CLT han sufrido cientos de modificaciones en los últimos 77 años, especialmente durante el régimen militar (1964-1985), la legislación laboral nunca había sido objeto de una mayor flexibilidad que con la reforma laboral de 2017. Tras la consolidación del golpe de Estado parlamentario del 31 de agosto de 2016, el gobierno ilegítimo de Michel Temer inició un ataque directo contra los intereses de la clase obrera. En el último día del calendario legislativo de 2016, al acercarse las celebraciones navideñas y considerando que los nuevos proyectos de ley pasarían desapercibidos para el público, el gobierno federal envió un proyecto de ley a la Cámara Baja que tenía como objetivo añadir, enmendar o suprimir 19 artículos de las CLT y de la ley de trabajo temporal. A finales de abril de 2017, el proyecto de ley, concluido en un tiempo récord, modificó 114 disposiciones de la legislación laboral, lo que afectó, además de las CLT, a leyes como el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS) y la legislación sobre seguridad social.⁶

Cuando el proyecto de ley llegó al Senado, el gobierno presionó a los miembros para que no hicieran ningún cambio en la ley con el fin de acelerar el proceso, y, de hecho, fue aprobado en julio de 2017 sin enmiendas. Entre muchas de

las medidas aprobadas, todas antiobreras, cabe mencionar las siguientes: la utilización sin restricciones de la subcontratación, el cobro de los honorarios legales del demandado a los trabajadores en caso de que pierdan sus demandas legales, el fin de las cuotas sindicales obligatorias, la posibilidad de que los convenios colectivos derroguen las protecciones de la legislación laboral, el aumento de la jornada máxima de trabajo de 10 a 12 horas, la definición del daño moral según el salario del empleado, la posibilidad de asignar a las mujeres embarazadas a trabajos en entornos insalubres, la legalización del trabajo intermitente (contrato de cero horas), la posibilidad de despidos colectivos sin negociación con el sindicato y muchas otras que solo benefician a los empleadores.

Durante este período, el gobierno también aprobó una enmienda a la Constitución Federal que congeló el gasto en áreas como la salud y la educación durante 20 años y reformó el sistema de pensiones para imponer un requisito de tiempo de trabajo significativamente más largo para calificar y para un pago de pensión más bajo. Fue un momento tan bajo para la Ley del Trabajo brasileña que un parlamentario de la bancada ruralista incluso propuso la legalización del sistema de camiones (pago de salarios en forma no monetaria) para las relaciones laborales en el campo. La Ley de Camiones prohibió este tipo de relación laboral en Inglaterra en 1831.

Después de la reforma laboral de 2017, el promedio de casos presentados ante el Tribunal Laboral disminuyó en un tercio en comparación con los años anteriores (pasando de 2,6 millones a 1,7 millones), debido a las fuertes limitaciones en el acceso a la justicia. Además, el contexto se ha

⁵ Marcio Pochmann, *Attack on Social and Labor Rights in Brazil*, 9(1) REVISTA ESTADO Y POLÍTICAS PÚBLICAS, 81-91 (2017).
⁶ Pietro Rodrigo Borsari & Pedro Daniel Blanco Alves, *Capitalismo flexível e periférico: o sentido da reforma trabalhista no Brasil e um balanço de seus resultados*, A REFORMA TRABALHISTA E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO: DOS RETROCESSOS ÀS RESISTÊNCIAS, 210-248 (Daniela Muradas Antunes et al. eds., 2nd ed. 2019).
⁷ La reducción de las nuevas demandas laborales desde 2017, debido a la reforma laboral de ese año fue muy agresiva (línea roja). Después de la pandemia de la COVID-19, el impacto fue más visible (línea negra). Es en nivel más bajo de demandas en todo el histórico analizado.



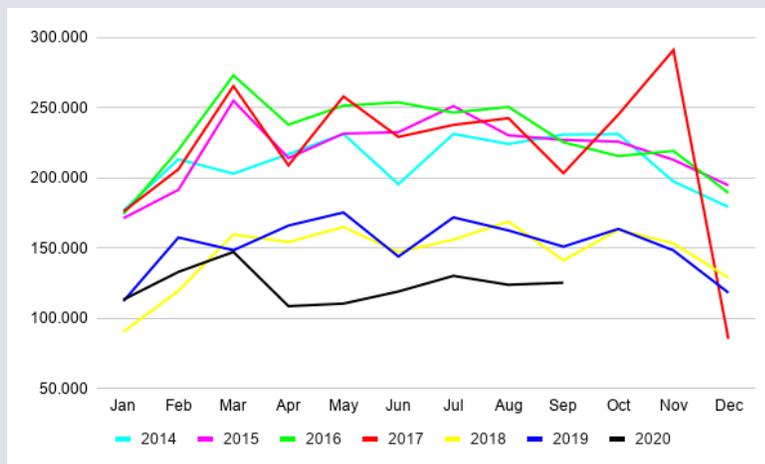
Pedro Daniel Blanco Alves

Abogado Laboralista
estudiante de Maestría
en Sao Paulo
Labour Law at the
University of Sao Paulo



Maximiliano Nagl Garcez

Abogado Laboralista
Máster en Derecho de
Relaciones Sociales
Federal University of
Parana
Antiguo Profesor
Visitante
Labour and Worklife
Program at Harvard Law
School
bajo una beca Fullbright
Miembro
ILAW Advisory Board



Nuevas demandas en la jurisdicción laboral en Brasil
Tribunal Superior del Trabajo (TST)⁷

agravado debido al aumento de la informalidad, la reducción de los salarios, el aumento de la jornada laboral, la disminución de la afiliación sindical, el empeoramiento de las condiciones de trabajo, el crecimiento de la pobreza y la desigualdad social, y el incumplimiento de la promesa de crecimiento económico.⁸

La baja tasa de trabajadores sindicalizados, agravada por la reforma laboral y el gran tamaño del sector de los servicios, con altas tasas de trabajo informal, una alta rotación de la mano de obra y el aumento de la subcontratación son algunas de las realidades a las que se enfrenta el movimiento sindical, lo que hace muy difícil organizar y movilizar a los miembros. La organización tiene una necesidad imperiosa de revitalizar el movimiento sindical y luchar contra los ataques que han sufrido los trabajadores en Brasil, especialmente en los sectores más susceptibles a la precariedad.⁹

La pandemia y el trabajo en Brasil

En Brasil, los impactos de la pandemia del coronavirus comenzaron en marzo de 2020. A pesar de la resistencia del sector empresarial, en todo el país se adoptaron medidas que imponían límites al comercio, los servicios y la industria (aunque con diferencias regionales). Tras una respuesta inicial adecuada del gobierno federal y de la mayoría de las administraciones estatales y municipales, que incluyó cierres y restricciones cuando fue necesario, Bolsonaro despidió a su Ministro de Salud y comenzó a boicotear la mayoría de las medidas adoptadas para restringir la contaminación por la COVID-19, defendiendo los medicamentos no comprobados y atacando a los científicos. Brasil se convirtió rápidamente en el segundo país con mayor número de muertes por coronavirus (solo superado por los Estados Unidos), con casi 168.000 muertes y 6 millones de casos confirmados de la enfermedad en noviembre de 2020.

A pesar de la propagación del virus, el presidente negó la gravedad del problema. Además de alentar a los brasileños a no seguir las recomendaciones de la OMS, el presidente Jair Messias Bolsonaro declaró oficialmente que la COVID-19 no sería más que una “pequeña gripe,” respondiendo irónicamente a un periodista que no comentaría el aumento del número de muertes causadas por la enfermedad “porque no era sepulturero.” Más tarde, también irónicamente, diría “que es el Mesías” (en referencia a su segundo nombre), “pero que no sabe hacer milagros.”

La mala gestión de la pandemia ha tenido un impacto enorme en el empleo. Según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), en junio de 2020 había 12,8 millones de brasileños desempleados y 5,7 millones se desanimaron (personas que dejaron de buscar trabajo). El porcentaje de trabajadores en esas condiciones pasó del 16% de la fuerza de trabajo en febrero

(antes de la pandemia) al 19,2% en junio.¹⁰ En otras palabras, casi una quinta parte del mercado laboral brasileño no tiene o ha dejado de buscar trabajo.

Para empeorar las cosas, el gobierno autorizó a través de medidas provisionales (“actos legislativos” emitidos por el presidente sin parlamento) la suspensión de los contratos de trabajo y la reducción de los salarios sin negociación con los sindicatos o la necesidad de que las empresas demuestren su necesidad al buscar ayuda financiera (incluso para los más fuertes económicamente). Una de estas medidas provisionales, la N° 927, determinó que la COVID-19 no debía considerarse una enfermedad profesional y que las inspecciones laborales se limitarían durante la pandemia. El Supremo Tribunal Federal (STF), el más alto tribunal de justicia de Brasil, consideró que estas dos disposiciones de la Medida Provisional N° 927 eran inconstitucionales. Sin embargo, dictaminó que era posible suspender los contratos de los trabajadores y reducir sus salarios sin negociar con los sindicatos.

“Una de estas medidas provisionales, la N° 927, determinó que la COVID-19 no debía considerarse una enfermedad profesional y que las inspecciones laborales se limitarían durante la pandemia. El Supremo Tribunal Federal (STF), el más alto tribunal de justicia de Brasil, consideró que estas dos disposiciones de la Medida Provisional N° 927 eran inconstitucionales. Sin embargo, dictaminó que era posible suspender los contratos de los trabajadores y reducir sus salarios sin negociar con los sindicatos.”

En Brasil, los jueces especializados son quienes resuelven los conflictos laborales. Según los datos del Tribunal Superior del Trabajo (TST), la mayoría de las demandas iniciadas por los trabajadores desde el comienzo de la pandemia se refieren a la falta de pago de las cantidades exigidas al término de un contrato de trabajo. Es decir, cuando un trabajador es despedido, no recibe lo que se le debe automáticamente y, en su lugar, necesita contratar a un abogado para presentar una demanda para reclamar esa cantidad. Esto puede demorar meses o años para que haya una decisión. Desempleado y con pocos o ningún recurso (la mayoría de las veces no están afiliados a un sindicato), el trabajador debe demandar para tratar de recibir las cantidades no disputadas. Esto se agravó durante la pandemia, ya que los tribunales no realizaron actividades presenciales y los jueces programaron las audiencias por videoconferencia, lo que hizo que muchos casos se retrasaran hasta el año 2021. Además, muchos trabajadores y testigos, especialmente los pobres, no tienen medios para acceder a los servicios de videoconferencia (el 25% de la población brasileña no tiene acceso a Internet).

Para los empleadores sin ley, el proceso actual es un

⁸ Magda Barros Biavaschi & Marilane Teixeira, *Balço da reforma trabalhista em perspectiva econômica, as falácias dos argumentos de seus defensores e os impactos nas instituições públicas do trabalho*, 2(1) REVISTA JURÍDICA TRABALHO E DESENVOLVIMENTO HUMANO, 19-55 (2019).

⁹ Andréa Galvão & José Dari Krein, *Les obstacles à la revitalisation syndicale*, 160 CHRONIQUE INTERNATIONALE DE L'IRE, 101-115 (2017).

¹⁰ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), *Indicadores IBGE: Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios Contínua - trimestre móvel abr./jun. 2020* (2020).

buen negocio. Cuando el empleador es atendido (lo que puede ser difícil, especialmente en los casos de subcontratación, porque a menudo no se puede localizar al propietario), proponen un acuerdo muy por debajo de lo que se debe, ya que el trabajador sabe que, debido a las dificultades financieras, aceptará el acuerdo. El pago de la liquidación también suele dividirse en varios plazos. Por lo general, los jueces aceptan estos acuerdos sin examen alguno, ya que esto aclara el expediente y hace que su "puntuación" aumente según los indicadores de productividad del Consejo Nacional de Justicia (CNJ). A los jueces que tienen buenas puntuaciones los promueven más rápidamente.

Según el TST, el número de demandas exitosas en espera de la satisfacción de la sentencia ha aumentado desde 2015. A menudo, el empleador desaparece o la empresa cierra sin bienes que embargar para satisfacer las sentencias.

La pandemia del coronavirus ha empeorado considerablemente las dificultades preexistentes para practicar el derecho laboral. La suspensión de las actividades presenciales de los tribunales, el aislamiento social y las solicitudes de prórroga en el pago de los fondos obtenidos en los tribunales son algunos ejemplos. Como las audiencias se celebran únicamente por videoconferencia, herramientas de las que a menudo carecen los trabajadores, las audiencias se han aplazado hasta el año 2021 (y con el riesgo de que se vuelvan a aplazar si no se supera la pandemia). Dado que la mayoría de los abogados trabaja con honorarios condicionales, esto también significa que los abogados laborales no reciben remuneración.

Aunque el distanciamiento social es una práctica adoptada por todos los abogados brasileños, paradójicamente, los abogados especializados en la defensa de juicios (y que, por lo tanto, estuvieron muy afectados por los ingresos durante el período de la pandemia) incluso protestaron en julio de 2020 por el regreso al trabajo presencial en los tribunales laborales, debido a la desesperación financiera. Éste y otros hechos demuestran las condiciones de trabajo precarias de los abogados laborales en Brasil, la mayoría de los cuales trabaja de manera informal y sin protección social.

Durante la pandemia, los trabajadores han tratado de luchar contra la crisis en sus lugares de trabajo mediante acciones colectivas presentadas por los sindicatos o por el Ministerio Público del Trabajo (MPT), una institución pública que también defiende a los trabajadores. La mayoría de estas acciones colectivas tenían como simple objetivo obligar a los empleadores a adoptar medidas de seguridad para evitar la propagación de la COVID-19 en el lugar de trabajo. A pesar de haberse debilitado por la reforma laboral, los sindicatos de trabajadores reafirmaron su relevan-

cia en la defensa de la vida y la dignidad de los trabajadores. Los sindicatos presentaron miles de demandas colectivas en todos los estados del país, solicitando el suministro de equipos de protección personal (como mascarillas y desinfectantes para las manos) y adaptaciones del entorno de trabajo (como el distanciamiento social, la adopción de la oficina en el domicilio, la rotación de empleados, las licencias pagadas para los trabajadores de los grupos de riesgo, etc.). Debido a la urgencia de las medidas, en muchos casos se concedió un remedio preliminar con medidas relacionadas con la promoción de la salud en el lugar de trabajo, sin esperar el final de la instrucción procesal. Estas medidas fueron muy importantes en el caso de las categorías que realizan actividades esenciales.

Sin embargo, en muchos otros casos, los jueces demostraron falta de empatía al no conceder las medidas de protección solicitadas por los trabajadores. Los jueces fueron persuadidos por los argumentos de los empleadores sobre el "poder de gestión" para organizar la fuerza de trabajo como consideren conveniente. En esos casos, prevaleció el punto de vista económico estrecho y en algunas decisiones se afirmó que los entornos de trabajo remotos (incluso cuando era posible) podían afectar a la productividad o a la viabilidad económica de una empresa.

Por lo tanto, son innumerables las dificultades con que tropezó la clase obrera brasileña durante la pandemia del coronavirus. Aunque existen algunos instrumentos en el sistema jurídico para garantizar mejores condiciones de trabajo, la falta de compromiso social por parte de los empleadores y el conservadurismo del poder judicial han sido obstáculos para lograr la justicia social en el lugar de trabajo.

Esos ataques contra la clase trabajadora han hecho que las relaciones laborales en Brasil sean aún más autocráticas en 2020 que en la década anterior. También han tenido un impacto significativo en la democracia del país. Como ocurre en varias partes del mundo, "el modelo jerárquico de empresa en el lugar de trabajo está llegando a dominar al resto de la sociedad."¹¹ La democracia brasileña, como resultado de los ataques sistémicos contra los trabajadores y los sindicatos, también está sufriendo como resultado de la agenda de la derecha del gobierno de Bolsonaro.

Conclusión

Brasil está experimentando una crisis sin precedentes. La situación se ha visto agravada por la pandemia de la COVID-19 y la falta de una verdadera respuesta gubernamental. En un momento en que las naciones comprometidas con el bie-

¹¹ Elaine Bernard, Workplace Democracy, Boston Review: A political and Literary Forum (1996), <http://bostonreview.net/archives/BR21.3/BernardE.html>.

nestar social de sus pueblos devuelven a la población parte de la riqueza producida socialmente, garantizando la estabilidad y la dignidad, los países con gobiernos neoliberales como Brasil han visto, en cambio, la escalada del autoritarismo. Debido a los continuos ataques contra la clase obrera desde el comienzo de su mandato, incluido el hecho de haber sometido a millones de brasileños a la COVID-19, ya se han presentado 41 solicitudes de destitución en la Cámara Baja contra el Presidente Jair Bolsonaro; asimismo, Bolsonaro es objeto de una denuncia ante la Corte Penal Internacional por la comisión de crímenes de lesa humanidad.

A medida que la crisis se agrava, el gobierno federal solo ha respondido con medidas neoliberales, como la privatización de empresas estatales y la reducción de los derechos de los trabajadores. Esto está llevando a una disminución general del nivel de vida de la clase trabajadora.¹² Sin embargo, el movimiento sindical está tomando nuevos caminos para revitalizar su relevancia para los trabajadores. Como ejemplo está la reciente huelga nacional de los conductores de plataformas digitales, que exigieron condiciones de trabajo seguras, mejores salarios y la formalización de sus relaciones laborales. La sindicalización de los trabajadores precarios y el fortalecimiento de los movimientos sociales que tratan de hacer frente a la desigualdad social están creando nuevas vías de lucha para la construcción de una sociedad más justa. Los abogados laborales que defienden los intereses de los trabajadores han contribuido de manera significativa a este propósito, reafirmando ante los tribunales judiciales los principios fundamentales del derecho laboral, construidos históricamente a partir de la lucha y los logros de la clase obrera.

¹² Ricardo Antunes, *Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado* (2020).

LA PANDEMIA DE COVID-19 Y LA PROTECCIÓN PARA DENUNCIANTES EN POLONIA

ŁUCJA KOBROŃ-GĄSIOROWSKA

Polonia

La denuncia¹ en el lugar de trabajo consiste en la divulgación por un empleado de irregularidades en el funcionamiento de éste por personas informantes que tienen la autoridad de tomar acción destinadas a la prevención de dichas irregularidades. Los empleados a menudo son la fuente más confiable de información sobre situaciones inadecuadas en el lugar de trabajo. Sin embargo, al darlos a conocer, se exponen a diversos riesgos como acoso, despido e inclusive desprecios de los compañeros de trabajo.² Un vestigio de la era comunista,³ el acto de denunciar irregularidades en Polonia continúa teniendo asociaciones muy negativas. En Polonia, la ley no proporciona garantías legales adecuadas, es decir, para empleados, pasantes, aprendices, exempleados o incluso para personas que no tienen una relación laboral típica. Su papel en la exposición de la mala conducta, el fraude y otras formas de comportamiento ilegal o poco ético permite al público estar al tanto de violaciones que de no se detectarían de otro modo. Como tal, la denuncia de irregularidades es un mecanismo importante en la lucha por la equidad y el interés público,⁴ especialmente en la actualidad durante la pandemia de COVID-19.

La situación actual

La pandemia de COVID-19 ha presentado un desafío importante no solo para la economía global, sino todo para los países individuales. En Polonia, muchos sectores de la economía han básicamente parado de operar casi en su totalidad, mientras en otros la actividad se redujo significativamente. Esto afectó las masas de empleados, incluyendo personas en virtud de contratos legales civiles y personas autoempleadas.

“La pandemia ha servido como una excusa para muchos abusos contra los derechos de los trabajadores, incluyendo la censura. Las regulaciones legales antes mencionadas protegen algunos derechos exentos de los trabajadores durante una pandemia, aunque no completamente. La inevitabilidad de la pandemia muestra qué tan importante será pronto el problema de la protección contra la denuncia en Polonia.”

Al comenzar con el diagnóstico del primer paciente de COVID-19 el 2 de marzo de 2020,⁵ el legislativo polaco preparó lineamientos para el manejo, prevención y eliminación del COVID-19, otras enfermedades infecciosas y condiciones adversas causadas por situaciones de crisis (“COVID Ley 1”). La legislación se publicó el 7 de marzo de 2020. A mediados de abril y mayo más leyes entraron en vigor, llamadas COVID Ley 2.0 y 3.0 y una semana después (22 de mayo de 2020), la redacción de la siguiente y aparentemente la última, COVID Ley 4.0. Un número de estas leyes COVID son respecto a la protección de empleos y las acciones y responsabilidades de los empleadores. Sin embargo, los problemas identificados por los empleadores y empleados con relación a la salud ocupacional y se-

¹ See PWN POLISH DICTIONARY, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/informator.html> (last visited Nov. 13, 2020).

² David Banisar, *Whistleblowing: International Standards and Developments*, CORRUPTION AND TRANSPARENCY: DEBATING THE FRONTIERS BETWEEN STATE, MARKET AND SOCIETY, I. Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, (2011); Dilara Huseynova and Katerina Piperigos, *Justice for justice: Protecting whistleblowers in the EU: Protection of whistleblowers - the why and the how*, COLLEGE OF EUROPE TRANSPARENCY GROUP (2017/2018).

³ See Łucja Kobroń, *Czy Polskę czeka era etycznych donosów? Społeczno-prawne aspekty działania [Is Poland waiting for an era of ethical denunciations? Socio-legal aspects of whistleblower action]*, 82 Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne 10 (2015) (Poland); Łucja Kobroń, *Informator strażnik wartości czy donosiciel [Whistleblower of value guardian or informer]* 296-300 Paestra (2013) (Poland).

⁴ Simon Wolfe, et. al, *Whistle-blower protection laws in G20 countries: Priorities for action*, TRANSPARENCY INTERNATIONAL AUSTRALIA (MELBOURNE) (2014) at 10, <https://blueprintforreespeech.net>.

⁵ LAW of 2 March 2020 on special solutions related to the prevention, counteraction and combating of COVID-19, other infectious diseases and emergencies caused by them (Dz.U.2020.374) (Poland) [hereinafter COVID-19 Act].

guridad, responsabilidad para PPE y el establecimiento de las horas de trabajo, no han perdido su importancia.

La pandemia ha servido como una excusa para muchos abusos contra los derechos de los trabajadores, incluyendo la censura. Las regulaciones legales antes mencionadas protegen algunos derechos exentos de los trabajadores durante una pandemia, aunque no completamente. La inevitabilidad de la pandemia muestra qué tan importante será pronto el problema de la protección contra la denuncia en Polonia.

Lucja Kobroń-Gąsiorowska

Profesor Asistente
Abogado
Institute of Law and
Economics
Pedagogical
University of Krakow - Poland

El caso más famoso de censura es el caso de una partera de un hospital en Nowy Targ. Ahí, la empleada publicó una foto de sí misma en Facebook, usando una mascarilla de protección improvisada hecha de papel absorbente con una leyenda explicando que su hospital no tenía protección básica contra el coronavirus. El empleador dio a la partera una declaración de despido del contrato laboral sin notificación porque violó el buen nombre del hospital y sus obligaciones básicas de empleado, es decir, cuidado del bienestar del lugar de trabajo.⁶

No fue el único caso cuando un denunciante en Polonia experimentó represalias por reportar irregularidades en el lugar de trabajo. Un caso previo de una Doctora Barbara Sosinowska, fue el tema de un procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECtHR). La Doctora era una especialista en enfermedades pulmonares en el hospital en Ruda Śląska. En 2004, la Doctora cuestionó críticamente el diagnóstico de su supervisor y el tratamiento de pacientes. Sobre este tema, ella escribió una carta a un consultor médico regional en el campo de las enfermedades pulmonares. Se iniciaron trámites disciplinarios contra la Doctora, acusándola de violar los principios de la ética profesional por su crítica abierta del diagnóstico de su supervisor y las decisiones terapéuticas en la presencia de otros colegas del hospital. Los tribunales médicos sentenciaron a B. Sosinowska a una reprimenda.

La Doctora interpuso una queja contra esta decisión con el ECtHR. El tribunal encontró que se había violado la libertad de expresión de la Doctora. En la opinión del tribunal, su crítica fue significativa y la acción estaba dirigida a llamar la atención de las autoridades competentes hacia una disfunción grave, en su opinión, en el trabajo de su supervisor. El tribunal apuntó que los tribunales médicos habían fallado al considerar si la opinión de la Doctora era justificada y expresada de buena fe y si tenía la intención de proteger el interés público. Los tribunales disciplinarios

⁶ Karolina Nowakowska, *Lekarze mają milczeć o koronawirusie. Dyrektorzy wyciszają medyków*, GAZETA PRAWNA.PL (March 26, 2020) https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/1463864.koronawirus-w-polsce-uciszanie-lekarzy-hm?fbclid=IwAR0TugvIMeeqz1pb5vX7Rk_xqbGY8-8SmWbaB8b-KujPfiVWYeZVFI76aHtE.

se habían enfocado únicamente en el hecho de que otro Doctor fue criticado, lo cual el Código de Ética Médico consideró una ofensa disciplinaria. Dicha interpretación, según lo declarado por el tribunal, implica un riesgo de que los doctores se abstengan de proporcionar a los pacientes información objetiva sobre su condición de salud por miedo a sanciones disciplinarias.⁷

Unión Europea y legislación sobre la denuncia

La directriz (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección de personas que reportan incumplimientos de la ley sindical se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea,⁸ comúnmente llamada "Directriz sobre la Protección de Denunciantes". A partir del 17 de diciembre de 2019, los estados miembros tienen dos años para transponer a sus ordenamientos jurídicos nacionales reglamentos que brinden, entre otras cosas, protección jurídica a los denunciantes. Como lo muestran los últimos datos de 14 de 27 países,⁹ la Unión Europea ha comenzado el proceso de implementar la directriz, sin embargo, ya ha encontrado resistencia en algunos países, incluyendo Alemania. De acuerdo con la Transparencia Internacional, la UE está de acuerdo en que: "Tenemos 18 meses para asegurar que la protección legal necesaria para los denunciantes, en la que hemos trabajado tan arduamente al nivel de la UE, realmente funciona en la práctica al nivel de los estados miembros. Estos son los mismos meses en los que Europa facilitará las restricciones sobre COVID-19. Más denunciantes nos dirán dónde y cómo las debilidades existentes en nuestros sistemas necesitan remediarse para alejar la financiación pública necesaria de aquellos que más la necesitan. La tasa de denunciantes en la UE nos ayudará a solicitar el cambio que necesitamos en Europa para proteger a los denunciantes que nos ayudan a proteger el interés público."¹⁰

El doctor y la enfermera pueden criticar objetivamente

La perspectiva del Código Laboral Polaco¹¹ enfatiza la protección de un trabajador como la entidad más débil con respecto a la ley laboral. La ley

⁷ Sosinowska v. Poland, App. No. 10247/09 (Jan. 1, 2012), <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-148571>; See also Frankowicz v. Poland, App. No. 53025/99 (Dec. 16 2008) Eur. Ct. H.R.

⁸ See Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, 2019 O.J. (L 305), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1937>.

⁹ See EU Whistleblowing Meter, <http://euwhistleblowingmeter.polimeter.org/> (excluding Poland) (last visited November 16, 2020).

¹⁰ Whistleblowing International Network and EU Whistleblowing Meter, *NOW is the time for every European government to protect whistleblowers!* (August 20, 2020) <https://whistleblowingnetwork.org/Our-Work/Spotlight/Stories/FINAL-WIN-EU-Whistleblowing-Meter-Press-Release-22.aspx>

¹¹ Labour Code of 26 June 1974 (Dziennik Ustaw., 1974 Nr 24 poz. 141) (Poland).

se refiere a la relación de dos partes de un contrato en el que el trabajador más débil es protegido por el alcance del código laboral. La esencia del código laboral es básicamente “especificar” la naturaleza de la relación laboral individual en la dirección de definir las normas mínimas del empleado.¹² En el contexto de este asunto, el Código Laboral Polaco no contiene cláusulas de protección que puedan proteger de manera efectiva a los denunciantes contra los efectos negativos de reportar irregularidades como el acoso o el llamado “despido disciplinario” debido a un incumplimiento grave de las obligaciones del empleado.¹³

“La esencia del código laboral es básicamente ‘especificar’ la naturaleza de la relación laboral individual en la dirección de definir las normas mínimas del empleado. En el contexto de este asunto, el Código Laboral Polaco no contiene cláusulas de protección que puedan proteger de manera efectiva a los denunciantes contra los efectos negativos de reportar irregularidades como el acoso o el llamado ‘despido disciplinario’ debido a un incumplimiento grave de las obligaciones del empleado.”

Sin embargo, debe considerarse que uno de los principales cargos contra los empleados es un incumplimiento de la lealtad del empleador. La Corte Suprema Polaca se ha enfrentado con la llamada crítica del empleador por el empleado.¹⁴ De acuerdo con la Corte Suprema, el empleado tiene el derecho a la crítica pública del supervisor (el derecho a denunciar, es decir, revelar irregularidades en el funcionamiento de su lugar de trabajo que consiste en diversos tipos de actos de deshonestidad, deshonestidad que implique al empleador o sus representantes), si esto no lleva a un incumplimiento de las obligaciones de los empleados que consiste en particular en cuidar del bienestar del lugar del trabajo y mantener la información en secreto, la divulgación de lo que podría exponer al empleador a daños¹⁵ o incumplimiento de las reglas corporativas de la coexistencia social.¹⁶ Los empleados no podrán, precipitadamente, de manera justificada solamente por razones subjetivas, formular opiniones negativas hacia el empleador o sus representantes). En otra resolución, la Corte Suprema enfatizó que la característica básica de la crítica permitida es la “buena fe” del empleado, es decir, su convicción subjetiva de que base la crítica en hechos (con debida diligencia en comprobarlos) y actos en el legítimo interés del empleador. Por otro lado, la crítica debe considerar los principios de la protección de los derechos personales (Artículos 23, 24),¹⁷ porque las evaluaciones negativas no pueden

llevar directamente a la vulneración de los derechos personales del empleador y la vulneración de dichos derechos solo podría ocurrir excepcionalmente como resultado de una declaración evaluativa, si no está soportada por un evento real y evaluado.

Conclusiones

La pandemia de COVID-19 reinició la discusión sobre la necesidad de proteger a los denunciantes que reporten irregularidades actuando de buena fe. La situación de los informantes presentada en este artículo independientemente del tiempo cuando lo reportaron, resultó en la terminación de su contrato laboral sin notificación, lo que constituye simplemente represalias contra los denunciantes. El Código Laboral Polaco está del lado de los empleados. De conformidad con el Art. 56 del Código Laboral, un empleado con quien se rescindió un contrato de empleo sin notificación, en violación de las cláusulas sobre la terminación de los contratos laborales, tiene el derecho a una queja para el restablecimiento de los términos previos o para compensación. Estoy convencido de que la pandemia fortalecerá el papel de los denunciantes, aunque será un proceso a largo plazo, no solamente legal, sino sobre todo social.

¹² See Arkadiusz Sobczyk, *Różnicowanie praw (ochrony) zatrudnionych – wybrane kryteria i ich ocena* [Differentiation of employees' rights (protection) - selected criteria and their assessment] 1 (Maria Bosak et al., eds. 2014).

¹³ Labour Code, *supra* note 11 at art. 52 §1.

¹⁴ Supreme Court judgment of 10 May 2018, II PK 74/17; Supreme Court judgment of September 7, 2000, I PKN 11/00).

¹⁵ Labour Code, *supra* note 11 at art. 100 §1 (duty of loyalty; non-violation of employer's interest).

¹⁶ *Id.* at art. 100 §2

¹⁷ The Act of 23 April 1964 - Civil Code (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93) (Poland).

INSPECCIÓN LABORAL: ALGO MÁS QUE UN EJERCICIO DE ÉTICA

SAMANTHA RAMSAY Y BERYL TER HAAR

China

Garantizar el cumplimiento de los reglamentos laborales es parte fundamental de la protección de los trabajadores y una “de las funciones centrales de un sistema de administración laboral.”¹ Como dijo el ex Director General de la Organización Internacional del Trabajo, Francis Blanchard: “la legislación laboral sin inspección del trabajo es un ejercicio de ética, mas no una disciplina social vinculante.”² La inspección laboral es una herramienta básica para inducir el cumplimiento. Sin embargo, a pesar de la importancia de la inspección laboral, en 2006 la OIT reconoció que era una institución en crisis.³ Dicha crisis continúa vigente hoy.⁴

Los principales problemas identificados por la OIT en 2006 como causantes de la crisis fueron que las inspectorías del trabajo estaban mal financiadas y tenían pocos recursos y poco personal.⁵ Estos problemas fueron resaltados en el año 2011 cuando la OIT emitió su informe más reciente acerca de este asunto.⁶ De acuerdo con Amengual y Fine, las soluciones sugeridas para esta “crisis” encajan de forma amplia dentro de dos categorías:

- (a) Un llamado a aumentar los recursos, el número de inspectores laborales y una mayor profesionalización de la inspectoría del trabajo; y
- (b) Un grupo de propuestas que descansa sobre la teoría de que lo determina la eficacia del cumplimiento radica en cómo trabajan los inspectores, no en cuántos hay, (“inspección estratégica”).⁷

Hasta el propio manual de la OIT sobre la inspección del trabajo reconoce que “ninguna inspectoría tendrá nunca ‘suficientes inspectores.’⁸ En vista de estos problemas de recursos, se debería poner el énfasis en la ‘inspección estratégica’ y en cómo se pueden desplegar los recursos de una manera más eficiente.

“Como dijo el ex Director General de la Organización Internacional del Trabajo, Francis Blanchard: ‘la legislación laboral sin inspección del trabajo es un ejercicio de ética, mas no una disciplina social vinculante.’ La inspección laboral es una herramienta básica para inducir el cumplimiento. Sin embargo, a pesar de la importancia de la inspección laboral, en 2006 la OIT reconoció que era una institución en crisis.”

Cuando se considera cómo acometer la inspección laboral ‘estratégica’, se puede obtener información de la disciplina de economía conductual al igual que del derecho. En este artículo, se introducirá la teoría económica conductual del dinamismo institucional y luego se utilizará como marco para considerar algunas investigaciones recientes sobre la inspección laboral. Al realizar este análisis, quedará demostrado que se puede utilizar el dinamismo institucional para examinar las prácticas de inspección laboral para determinar si están teniendo un alcance mayor al anticipado. Luego se utilizará para examinar el documento principal de la OIT acerca de la “inspección estratégica” de los años recientes. Finalmente, se debatirá que una teoría como el dinamismo institucional puede ser un elemento que puede aumentar la oferta actual de la OIT en relación con la inspección laboral estratégica.

La Teoría Económica: Dinamismo Institucional

“Dinamismo Institucional” es el nombre técnico que se le da a la forma cómo una institución legal (como una inspectoría del trabajo) puede influir sobre otros actores que no son afectados directamente por las acciones de esa institución o un reglamento específico. Se describe como un instrumento útil para la medición

¹ International Labour Conference (100th Session), *Report V: Labour Administration and Labour inspection*, at ¶18 (2011) [hereinafter ILC].

² Wolfgang von Richthofen, *Labour Inspection: A Guide to the Profession*, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 7 (2002).

³ David Weil, *A Strategic Approach to Labour Inspection*, 147(4) INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 349 (2008).

⁴ Laurent Vogel & David Walters, *Labour Inspection: a Public Service in Crisis*, HESAMAG #14 ETUI (2016).

⁵ Weil, *supra* note 3.

⁶ ILC, *supra* note 1.

⁷ Matthew Amengual & Janice Fine, *Co-enforcing labor standards: The unique contributions of state and worker organisations in Argentina and the United States*, 11(2) REGULATION AND GOVERNANCE 129 (2017).

⁸ Von Richthofen, *supra* note 2 at 73.

analítica y el desarrollo de políticas.⁹ Se cree que una gama de procesos que aún no están bien entendidos ejerce influencia sobre el dinamismo institucional. La interpretación del dinamismo institucional por parte de Lee y McCann tiene dos clasificaciones principales: la interna y la externa.¹⁰

Muy pocas de las investigaciones que han sido publicadas que consideran situaciones en las que se ha extendido el alcance de las inspectorías del trabajo más allá de sus objetivos específicos (conocidos como la disuasión general, los efectos de reacción en cadena, el institucional, etc.). Esto es problemático. Una teoría que incluya este aspecto podría ayudar a los forjadores de políticas a tomar nuevas decisiones acerca de cómo impulsar el cumplimiento a través de la inspección laboral.

Dinamismo externo

El dinamismo externo es la categoría más sencilla. Se refiere a la influencia de las leyes del trabajo en situaciones informales. Un ejemplo clave es cómo la conciencia de normas legales reglamentarias puede incrementar el cumplimiento. La influencia de la legislación del salario mínimo en situaciones informales es un ejemplo clave. También ha sido descrito como el “efecto faro.”

Dinamismo interno

El dinamismo interno es un poco menos sencillo. Captura la capacidad de los regímenes reguladores para albergar interacciones entre una gama de instituciones, por ejemplo, contratación colectiva, legislación laboral, normas de salario mínimo, etc. La consideración de la interacción entre las instituciones también debe incluir la impredecibilidad de las interacciones. Un ejemplo aportado por McCann es la operación de las “reacciones en cadena” que resulta de un cambio del salario mínimo, mediante las cuales los cambios en los salarios mínimos pueden afectar los salarios que están por encima del nivel mínimo.¹¹ Por ejemplo, a través de la incorporación de un cambio porcentual equivalente al aplicado al salario mínimo a los salarios de un contrato colectivo.

China: Un caso práctico

El dinamismo institucional puede ser utilizado para analizar cuándo y cómo la influencia de una

institución, como la inspección del trabajo, se extiende más allá del alcance que uno esperaría cuando observa sus capacidades e influencias legales formales. Así, el dinamismo institucional puede fácilmente vincularse a la meta más frecuente de la política estratégica en la inspección del trabajo: sacar el máximo partido de los recursos de inspección. La teoría sugiere que deberíamos identificar cuando las acciones de las inspectorías están estimulando el cumplimiento en aquellos a quienes no están estrictamente dirigidas las acciones de las inspectorías. Esto podría lograrse a través de un incremento de la conciencia de las normas legales reglamentarias, etc.

Por ejemplo, en el año 2008 el gobierno central chino introdujo la Ley de Contratos Laborales (LCL)¹² y la Ley de Mediación y Arbitraje¹³ para proteger los derechos de los trabajadores.¹⁴ La reciente implementación de estos reglamentos por parte de importantes entes gubernamentales, incluidas las inspectorías, ha mejorado.

Al considerar esta mejoría, la investigación realizada por Zhuang and Ngok examina la interacción de dos instituciones, las inspectorías del trabajo y los “aliados de la inspectoría del trabajo.”¹⁵ El dinamismo institucional sugiere que busquemos evidencia de que esta interacción ha alterado el efecto de las acciones de la inspectoría sobre personas que no han sido directamente afectadas por esas acciones. Los sindicatos eran uno de los aliados, ya que éstos están autorizados por la legislación para asociarse con los inspectores del trabajo y hacer cumplir los reglamentos. Sin embargo, los sindicatos no están dispuestos a participar en estas actividades. ¿Es esto un ejemplo del efecto indirecto de un reglamento sobre las empresas? Podría decirse que sí. Potencialmente, la inspección del trabajo se hace menos efectiva. No se detectan las violaciones debido a las acciones de un tercero, los sindicatos en el trabajo, y a su poca disposición para actuar. A pesar de que esto no es ejemplo clásico de dinamismo institucional interno, podría encajar en esta categoría. Aunque no se incrementa el cumplimiento, también es igualmente importante ver los “fracasos.”

La investigación de Chung acerca de la aplicación por parte de los entes del gobierno local de la Ley de Contratos Laborales que incluía realizar

⁹ Judy Fudge & Dierdre McCann, *Unacceptable Forms of Work: a global and comparative study*, International Labour Organization (2015) [hereinafter Fudge & McCann].

¹⁰ Sangheon Lee & Dierdre McCann, *New Directions in Labour Regulation Research*, REGULATING FOR DECENT WORK: NEW DIRECTIONS IN LABOUR MARKET REGULATION (Sangheon Lee et al. eds.) (2011); Sangheon Lee & Dierdre McCann, *Regulatory indeterminacy and protection in contemporary labour markets: innovation in research and policy*, CREATIVE LABOUR REGULATION: INDETERMINACY AND PROTECTION IN AN UNCERTAIN WORLD (Dierdre McCann, et al. eds.) (2014).

¹¹ Fudge & McCann, *supra* note 9.

¹² Labour Contract Law of the People's Republic of China (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., June 29, 2007) P.R.C. LAWS No. 65 (China).

¹³ Law of the People's Republic of China on Labour-Dispute Mediation and Arbitration (promulgated by the Standing Comm. Nat'l People's Cong. Dec. 29, 2007) P.R.C. Law No. 80 (China).

¹⁴ Chris King-Chi Chan & Khalid Nadvi, *Changing labour regulations and labour standards in China: Retrospect and challenges*, 153(4) INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 513 (2014).

¹⁵ Wenjia Zhuang & Kinglun Ngok, *Labour inspection in contemporary China: Like the Anglo-Saxon model, but different*, 579, 153(4) INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 561 (2014).



Samantha Ramsay
Oficial Industrial
National Tertiary
Education Union –
NSW Branch



Beryl ter Haar
Profesor Adjunto
Leiden University
Profesor Visitante
University of Warsaw

entrevistas a partes interesadas relacionadas con el ámbito laboral proporcionó un contraste interesante.¹⁶ Se centró en la parte de la Ley de Contratos Laborales que exigía contratos de trabajo escritos (CTE) y que se entregara una copia del contrato laboral escrito al empleado. Los hallazgos sugerían que había otras dos partes interesadas que estaban ayudando a impulsar el cumplimiento de la inspección: varios intermediarios laborales¹⁷ y los trabajadores.

Chung sugiere que las actividades de cumplimiento de los inspectores están teniendo un impacto que se expande mediante las acciones de los intermediarios y los trabajadores. Esto queda ampliamente demostrado por los hallazgos de que se ha incrementado más el cumplimiento de los reglamentos de los Contratos de Trabajo Escritos —el asunto en el que las inspecciones del trabajo tomaron una posición más estricta— que el cumplimiento de otras áreas de la Ley de Contratos Laborales. Sin embargo, las acciones de las inspecciones por sí solas no parecen ser la única causa del rápido cumplimiento con el requisito de los Contratos de Trabajo Escritos. Los intermediarios laborales y el conocimiento de los empleados también jugaron un rol. Debido a que el sistema de protección laboral chino se basa en su totalidad sobre las quejas, los inspectores a menudo se niegan a actuar sin la presión adicional de los intermediarios laborales y los empleados. Ellos perciben las leyes como “apartadas de la realidad” porque “imponen normas extremadamente exigentes sobre las empresas” (p. 244). En la entrevista de Chung (2015) algunos inspectores describieron los reglamentos como “absurdos.” Esto sugiere que es posible que las actividades de las inspecciones del trabajo estén teniendo un mayor impacto de lo que se anticipó cuando se combinan con los intermediarios laborales, un indicador clave del dinamismo institucional.

El trabajo de campo emprendido por Chung (2015) recalcó cuatro formas en que los intermediarios laborales podrían influenciar el cumplimiento por parte de las empresas, en especial en relación con los Contratos de Trabajo Escritos:

- (a) Publicando los actos ilícitos de la empresa.
- (b) Facilitando que los trabajadores presenten sus quejas.
- (c) Ofreciendo normas y soluciones estándar a las empresas.
- (d) Presionando a los líderes gubernamentales para que den forma a la política de la ley del trabajo.

Aunque no es posible determinar exactamente cuál interacción fue la que más mejoró las acciones de las inspecciones, es posible concluir que al menos una de las interacciones entre dos instituciones ha mejorado

¹⁶ Sunwook Chung, *Explaining compliance: A multi-actor framework for understanding labour law compliance in China*, 68(2) HUMAN RELATIONS 237 (2015).

¹⁷ Chung defined labour intermediaries as ‘actors outside the labour bureaucracy that directly and/or indirectly engage in labour law enforcement and have a relatively high level of technical knowledge of labour/employment issues’. See Chung, *supra* note 16 at 241 (Examples include trade unions, NGOs, legal clinics and local media).

las actividades de cumplimiento. Como tal, es probable que haya un nivel de dinamismo institucional interno en acción.

Los medios también pueden jugar un papel clave para estimular el cumplimiento de las leyes de los Contratos de Trabajo Escritos haciendo uso de eslóganes estatales para llamar la atención sobre los abusos laborales y contribuir a la creación de normas a nivel local que las empresas no éticas pueden esperar ser sancionadas.¹⁸ Las entrevistas indicaron que la exposición a los medios había logrado que las instituciones se tomaran los reglamentos acerca de Contratos de Trabajo Escritos más en serio. Apoyados por una serie de políticas pro fuerza laboral, los trabajadores pudieron utilizar las leyes del trabajo y los mecanismos oficiales como fuente de apalancamiento para hacer valer sus derechos. Esto es una señal clásica de dinamismo externo. La existencia de políticas pro fuerza laboral y los esfuerzos de la inspección del trabajo están dando una señal a los trabajadores de que pueden utilizar las leyes laborales exitosamente como una herramienta para mejorar sus condiciones de trabajo.

Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo

Mediante la utilización del dinamismo institucional como marco para analizar el ejemplo anterior de China se ha demostrado que las interacciones entre las instituciones pueden permitir que los inspectores del trabajo tengan un impacto más amplio y se incrementa el cumplimiento de los reglamentos laborales. Como tal, ahora se propone utilizar este marco para analizar la más reciente orientación de la OIT sobre la inspección del trabajo estratégica para ver dónde la OIT puede animar a las inspecciones a aprovechar las interacciones entre las instituciones para incrementar el cumplimiento.

Publicado en noviembre de 2017, las Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo (IASCPIL, por sus siglas en inglés) proporcionan un resumen de la posición de la OIT en relación con la inspección estratégica del trabajo.¹⁹ Las Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo están diseñadas para dirigir a las inspecciones hacia intervenciones “proactivas, con objetivos, y a la medida, que involucren a múltiples personas interesadas.” Comprende 6 pasos:

1. Explorar la Inspección del Trabajo
2. Explorar Problemas y Objetivos
3. Explorar Influencias
4. Explorar Partes Interesadas
5. Explorar Intervenciones
6. Hacer Operativo el Plan Estratégico de Cumplimiento

¹⁸ Chung, *supra* note 16.

¹⁹ International Labour Organization, *ILO Approach to Strategic Compliance Planning for Labour Inspectorates (IASCPIL)*, (2017), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_606471.pdf

En general, demuestra un cambio interesante de las visiones públicas de la OIT acerca de los procesos de inspección del trabajo.

Una característica esencial de las Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo se encuentra en el Paso 1, que indica que su "objetivo clave... es superar las brechas en los recursos mediante la identificación de recursos no explotados anteriormente y el empleo de los recursos disponibles de manera diferente."²⁰ Esto es esencial para las inspecciones del trabajo que busquen sacar el mayor provecho de recursos limitados. Sin embargo, el documento solamente les pide a las inspectorías que "piensen de manera amplia y creativa" para catalogar los recursos disponibles.²¹ Como tal, el Paso 1 podría desarrollarse a través de un mejor esquema de cómo conceptualizar recursos no explotados. La incorporación de teorías que examinan cómo se pueden extender los recursos, cómo el dinamismo institucional, podría ayudar con esto. Sin embargo, a una persona que lea las Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo no se le proporciona ninguna teoría sugerida para guiar esta consideración.

Adicionalmente, el Paso 3 describe cómo las inspecciones deberían explorar las influencias sobre el cumplimiento. Éste es el propósito clave detrás de la teoría del dinamismo institucional. Sin embargo, los ejemplos que se dan principalmente estimulan la consideración del cumplimiento que ocurre debido a la disuasión específica; es decir, las acciones de la inspecciones que tienen un impacto directo sobre un empleador. Esto sugiere que el equipo de la Administración Laboral (los autores) pueden todavía tener una visión restringida acerca del impacto que pueda tener la inspección del trabajo. El dinamismo institucional ofrece una visión más amplia. Este pide a las inspectorías que busquen más allá de donde puedan tener una influencia directa y consideren circunstancias donde sus acciones pueden tener un impacto mayor sobre aquellos a los que están tratando de inducir al cumplimiento. Una referencia específica a un dinamismo institucional teórico añadiría una dimensión a la posición de la OIT en este sentido que no es obvia actualmente, si es que se espera en lo absoluto.

El Paso 4 les pide a las inspectorías que busquen aliados sociales y que consideren desarrollar sociedades. Esto es un respaldo parcial del dinamismo institucional. Demuestra claramente que la OIT visualiza que se pueden formar sociedades entre las inspectorías y otras partes interesadas para mejorar el cumplimiento. Sin embargo, no se sugiere ninguna manera de cómo cuantifi-

car el impacto que pueda tener esa asociación. Por ejemplo, no hay ninguna recomendación en relación a la consideración de las reacciones en cadena. Aunque potencialmente se hace alusión a esto en el Paso 5 cuando la OIT recomienda considerar "cómo se podría incrementar y expandir el impacto de alguna de estas [escogidas] intervenciones mediante el aprovechamiento de otras partes interesadas,"²² ésta no es explícita. Al utilizar este lenguaje, la OIT indica una apertura a un mayor desarrollo de su posición mediante la incorporación de una teoría como el dinamismo institucional. Fundamentalmente parece describir casi exactamente este efecto y predecir cómo puede mejorar el cumplimiento.

En última instancia, es tal vez en el Paso 6 donde se hace más evidente que a pesar de mostrar alguna promesa, las Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo aún no han dado el paso de considerar de manera explícita el impacto más amplio de las acciones de la inspectoría. El Paso 6 trata de la implementación del plan estratégico de cumplimiento desarrollado bajo las Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo. Aunque una vez más se refiere específicamente a formar sociedades con aliados, carece de una referencia explícita a cómo ello pueda extender el impacto de las acciones de las inspectorías del trabajo. En vez de ello, el documento indica que "cuando se esté desarrollando un cronograma de escalamiento, la inspectoría del trabajo debe considerar que cada intervención es una oportunidad de estimular a un objetivo a que cumpla."²³ Esta es una referencia explícita a la disuasión específica, y en la opinión de este autor, limita las posibilidades de disuasión disponibles. No hay una referencia clara a las reacciones en cadena u otros impactos más amplios.

Conclusión

Inicialmente, las Orientaciones de la OIT para la Planificación Estratégica para el Cumplimiento para Inspecciones del Trabajo parecen ser un intento de presentar una nueva versión de la "inspección estratégica del trabajo." Sin embargo, un análisis más detenido sugiere que podría ser percibido como un intento de reeditar viejas ideas. También parece ignorar en gran medida informaciones que pueden tomarse de otras disciplinas, por ejemplo, de la psicología y la economía conductual. En ese aspecto, parece que este elemento de la oferta de la OIT continúa estando subdesarrollado.

²⁰ *Id.* at 4.

²¹ *Id.*

²² *Id.* at 4.

²³ *Id.*

Lecciones para la OIT

La OIT ha enfrentado recientemente algunas críticas intensas.²⁴ Para responder a estas críticas la OIT pudiera adoptar la modernización y la revitalización de la inspección del trabajo mediante la incorporación de elementos de la psicología y el cumplimiento económico. El dinamismo institucional no es la única opción en este campo, es una manera de mostrar cómo puede reconceptualizarse el pensamiento alrededor de la inspección del trabajo. La inspección del trabajo es la institución perfecta para encontrar nuevas maneras de compromiso ya que puede percibirse como parte de la misión central de la OIT.²⁵

A pesar de que se muestre alguna promesa entre las avenidas alternativas de cumplimiento no gubernamentales, muchos han concluido ahora que los gobiernos deben mantener el papel central en la inspección del trabajo y el cumplimiento para que sea efectiva.²⁶ Desafortunadamente, la OIT no puede conducir inspecciones del trabajo ella misma y sus normas sobre la inspección del trabajo²⁷ proporcionan solamente una orientación de muy alto nivel. Como tal, la oferta de la OIT se limitaría lógicamente a proporcionar orientación técnica. Durante toda su existencia la OIT has estado a la vanguardia de los debates globales acerca de la justicia social y el mundo laboral.²⁸ La OIT es aceptada por los gobiernos como una fuente de autoridad.²⁹ Esto quiere decir que cuando se trata de la inspección del trabajo, la única manera de que la OIT influya sobre el cambio es captando a los gobiernos y las inspectorías. Son los gobiernos los que necesitan de que los convenzan de la sabiduría de tomar un enfoque alternativo. La OIT puede tomar el liderazgo en relación con este asunto.

Algunos pueden criticar esto como un paso lejos del objetivo tradicional y “verdadero” de la OIT: la fijación de normas.³⁰ Sin embargo, ya en 1930 la OIT estaba ofreciendo asistencia técnica a los miembros para facilitar el cumplimiento de sus convenios³¹ y la asistencia de cooperación técnica es una característica de la mayoría de las organizaciones internacionales.³² También es una visión que calza bien con aquellos comentaristas

que ven un futuro donde la OIT adopta la calidad de miembro completo del club de las agencias internacionales de desarrollo.³³ Adicionalmente, es una visión común, tanto dentro como fuera de la OIT, que añadir más convenios a un campo ya abarrotado no resolverá sus problemas. En vez de ello, se necesitan soluciones mejores y más inteligentes que puedan resultar en un cambio en el mundo real.³⁴

Aun cuando es un paso importante fuera del papel tradicional de la OIT, también vale la pena reflexionar acerca de si esto sería un asunto legítimo si la OIT terminará en una mejor posición para enfrentar los retos del mundo laboral actual.³⁵

“Esto quiere decir que cuando se trata de la inspección del trabajo, la única manera de que la OIT influya sobre el cambio es captando a los gobiernos y las inspectorías. Son los gobiernos los que necesitan de que los convenzan de la sabiduría de tomar un enfoque alternativo. La OIT puede tomar el liderazgo en relación con este asunto.”

Conclusión

Algunos puristas legales y académicos legales tradicionales pueden abordar una expansión del pensamiento que incluya la economía y la psicología en el cumplimiento con alguna inquietud porque no es una solución completamente jurídica. Sin embargo, la OIT ha sido durante mucho tiempo y continúa siendo una organización interdisciplinaria y su meta del Trabajo Decente no puede lograrse solamente a través del derecho. También vale la pena notar que la OIT puede fijar muchos tipos de normas. Solo porque los académicos legales convencionales no considerarían el dinamismo institucional una “norma jurídica” no quiere decir que ésta no pueda formar parte de una práctica normal al considerar la mejor manera de inducir al cumplimiento utilizando la inspección del trabajo.

Como lo sugirió Standing en 2008, “a menos que la OIT se reestructure como un ente informativo y consultor de clase mundial, su futuro parece lúgubre.”³⁶ Un foco continuo sobre soluciones simples enmarcadas alrededor de la provisión de recursos no le permitirá a la OIT mantener su lugar como líder mundial en la fijación de normas o como una agencia de desarrollo. Solo la adopción de teorías interdisciplinarias sobre la inspección del trabajo le permitirá a la OIT y otras agencias interesadas encontrar vías alrededor de problemas de recursos.

En última instancia, este artículo espera mostrar que la incorporación de las ideas que subyacen en el dinamismo institucional a la teoría de inspección estratégica

²⁴ Velibor Jakovleski et al., *The ILO's Role in Global Governance: Limits and Potential*, 82, THE ILO @ 100 (Christophe Gironde and Gilles Carbonnier eds., 2019); Guy Standing, *The ILO: An Agency for Globalization*, 39(3) DEVELOPMENT AND CHANGE 355 (2008); Brian A. Langill, *Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)*, 16(3) THE EUROPEAN J. OF INT'L LAW 409 (2005);

²⁵ Guy Standing, *The ILO: An Agency for Globalization*, 39(3) DEVELOPMENT AND CHANGE 355 (2008).

²⁶ Lilian Miles, *The 'integrative approach' and labour regulation and Indonesia: Prospects and challenges*, 36(1) ECONOMIC AND INDUSTRIAL DEMOCRACY 5 (2015).

²⁷ E.g. International Labour Organization, *C081 - Labour Inspection Convention*, No. 81 (1947)

²⁸ Velibor Jakovleski et al., *The ILO's Role in Global Governance: Limits and Potential*, 82, THE ILO @ 100 (Christophe Gironde and Gilles Carbonnier eds., 2019).

²⁹ Standing, *supra* note 25.

³⁰ *Id.*

³¹ Sandrine Kott, *ILO: Social Justice in a Global World? A History in Tension*, THE ILO @ 100 (Christophe Gironde and Gilles Carbonnier eds., 2019).

³² Standing, *supra* note 25.

³³ Steve Hughes & Nigel Haworth, *The International Labour Organization Coming in from the cold*, (2011).

³⁴ Brian A. Langill, *Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)*, 16(3) THE EUROPEAN J. OF INT'L LAW 409 (2005).

³⁵ Hughes, *supra* note 33.

³⁶ Standing, *supra* note 24 at 381.

del trabajo les puede permitir a las inspectorías identificar maneras en que sus acciones tienen un impacto más amplio del que cabría esperar y repensar cómo emprender inspecciones. Esto es clave para resolver la crisis de la inspección del trabajo. Para aquellos que aún permanecen cautos les hacemos una llamada final a actuar: solo más investigación dedicada a este tópico puede revelar si el dinamismo institucional puede garantizar que la inspección del trabajo y las inspectorías del trabajo obtengan el máximo cumplimiento a cambio del dinero que se invierte. El autor verdaderamente espera que ese sea el caso.

Reconocimientos: Quisiera reconocer la ayuda del Profesor G.J.J. Heerman van Voss de la Universidad de Leiden en la preparación de este artículo. El artículo está basado en una tesis preparada para el Master Avanzado en Derecho Laboral Global y Europeo de la Universidad de Leiden.

CAPITAL PRIVADO, DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS LABORALES GLOBALES: EL CASO DEL “HOTEL CALIFORNIA”

JEREMY BLASI Y SAMIR SONTI¹

Estados Unidos de America

Cuando Juana Melara—una madre inmigrante que trabajaba como camarera en el Westin Long Beach Hotel en California—y sus compañeras de trabajo lanzaron una campaña para sindicalizarse, enfrentaron un problema cada vez más conocido: Nadie les pudo decir quién era el responsable, quién era su empleador.

Cansada de humillaciones como que le pidieran arrojarse para limpiar el piso del baño y no recibir un pago por todo su trabajo, Melara lideró una delegación pidiendo que la gerencia local les permitiera a los trabajadores decidir libremente sindicalizarse sin interferencia de la gerencia. Pero el Gerente General del hotel les dijo que no podía acceder a la demanda de los trabajadores y el hotel a cambio lanzó un esfuerzo agresivo al estilo americano para derrotar la campaña de sindicalización. Los trabajadores y su sindicato UNITE HERE Local 11, viajaron a Utah para quejarse con el principal inversionista del hotel, pero el inversionista—un fondo público de pensiones—les dijo que tenían que hablar con una firma de gestión de activos de capital privado que supervisaba al hotel en nombre del inversionista. Y cuando el sindicato buscó involucrar al administrador de activos—una subsidiaria estadounidense del gigante bancario francés—encontró otro obstáculo.

A pesar de estos desafíos, dos años después, Melara y sus compañeras de trabajo ganaron un acuerdo de negociación colectiva pionero que no solo brindaba mejores salarios y prestaciones, sino también disposiciones que sentaban precedentes para proteger a las amas de llaves de acoso y agresión sexual. La propia Melara fue nombrada una de las Personas del Año por la revista Time, honrada por su liderazgo como activista de las trabajadoras con bajos salarios. Ahora es líder

en una campaña por la seguridad de los trabajadores en medio de la pandemia de COVID-19.

La victoria de los trabajadores del Westin Long Beach se logró con la ayuda de una doctrina legal relativamente nueva y poco usada acompañada de la participación crítica de los inversionistas interesados. El sindicato presentó una denuncia contra Natixis en virtud de las directrices de la OCDE para empresas multinacionales en lo que se convirtió la primera aplicación de “debida diligencia de derechos humanos” para administradores de activos de capital privado. Anunciada por una publicación como un “caso histórico,”² la denuncia resultó en un compromiso constructivo con Natixis por parte del Punto Nacional de Contacto de la OCDE de Francia. Este esfuerzo se complementó de manera crítica con la participación de líderes sindicales franceses que actuaban como fideicomisarios de los fondos públicos de pensiones con inversiones en Natixis. Los líderes, que coordinan la *Réseau des administrateurs pour l'investissement* (RAIR), lograron involucrar exitosamente a Natixis para garantizar la implementación de los llamados principios ESG, lo que derivó en un gran resultado.

“El sindicato presentó una denuncia contra Natixis en virtud de las directrices de la OCDE para empresas multinacionales en lo que se convirtió la primera aplicación de “debida diligencia de derechos humanos” para administradores de activos de capital privado.”

El auge del capital privado y la debida diligencia de derechos humanos

A lo largo de toda la economía mundial, las compañías que alguna vez fueron empresas independientes están siendo arrastradas cada vez más hacia redes comple-

¹ Los autores agradecen a Ashwini Sukthankar por sus comentarios sobre un proyecto previo de este documento y por su contribución a la campaña que describe.

² Jessica Agache-Gorse, *OECD National Contact Point for France accepts a complaint filed by a US trade union against the Natixis banking group*, PLANET LABOR (May 17, 2017), www.planetlabor.com.



Jeremy Blasi
Asesor General
UNITE HERE Local 11



Samir Sonti
Profesor Asistente
CUNY School of
Labour and Urban
Studies

jas gestionadas por empresas de capital privado.³ La naturaleza y complejidad de la inversión o de las cadenas de suministro plantean obstáculos a los esfuerzos de los trabajadores en la base de estas cadenas para organizarse con éxito. En muchos casos, son estas empresas en las alturas dominantes de las cadenas, las que toman las decisiones finales en materia de política laboral entre las subsidiarias y los contratistas. Pero debido a que no emplean directamente a los trabajadores y, a menudo, no ejercen el control diario sobre las operaciones laborales en el lugar de trabajo, por lo general no están obligados por la ley de los EE. UU. o la de otros países, a participar en negociaciones colectivas y no ser considerados responsables de abusos laborales como robo de salario o condiciones inseguras. Desarrollar estrategias para responsabilizar a estas empresas líderes y llevarlas a la mesa de las negociaciones es uno de los desafíos más urgentes que enfrentan los trabajadores con salarios bajos.

El concepto de la “debida diligencia de recursos humanos” surgió como una herramienta potencialmente promisorio para crear dicha responsabilidad de las empresas líderes. El marco se formuló primero como parte de los principios guía de Naciones Unidas sobre negocios y derechos humanos, el cual fue avalado por El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2011. Se incorporó como parte de las versiones recientemente revisadas de La Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Declaración EMN) y las líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales.

Como se estableció en las directrices de OCDE, el marco básico es el siguiente: Los negocios sujetos a éstos lineamientos tienen la obligación de evitar impactos adversos sobre los trabajadores y de abordar dichos impactos inclusive cuando le ocurren a un proveedor u otro tipo de socio de negocios. Una empresa debe “(a) evitar causar o contribuir a impactos adversos sobre los derechos humanos a través de sus propias actividades y abordar dichos impactos cuando ocurran; [y] (b) buscar evitar o mitigar los impactos sobre derechos humanos que estén vinculados directamente con sus operaciones, productos o servicios mediante sus relaciones comerciales, incluso si no han contribuido a dichos impactos.”⁴

De acuerdo con esta formulación, ya sea que una empresa contribuya a un impacto adverso sobre los derechos humanos o solo esté vinculada a una empresa que cause o contribuya a dicho daño, debe utilizar cualquier influencia que tenga para influir en las otras entidades que han causado o contribui-

³ See Eileen Appelbaum & Rosemary Batt, *PRIVATE EQUITY AT WORK: WHEN WALL STREET MANAGES MAIN STREET* (2014).

⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, at ¶13 (2011) [hereinafter *OECD Guidelines*].

do al impacto adverso a mitigar el impacto.⁵ Por lo tanto, “[s]i la empresa comercial tiene influencia para evitar o mitigar el impacto adverso, debe ejercerla.”⁶ Esta formulación es notablemente distinta de las doctrinas de agravios de derecho consuetudinario según las cuales una persona o empresa puede ser responsable solo por causar un daño razonablemente previsible, pero en ausencia de circunstancias especiales no tiene el deber afirmativo de mitigar los daños causados por otros. Bajo el marco de debida diligencia de recursos humanos, un trabajador que está sujeto a un impacto adverso puede esperar que cualquier empresa que tenga “la capacidad de efectuar cambios en las prácticas ilícitas de una entidad que cause [el] daño, lo haga.”⁷

Los derechos implicados por el marco de la debida diligencia de recursos humanos incluyen amplias protecciones de los derechos laborales. En virtud de los lineamientos de la OCDE, los derechos humanos incluyen—“[en] todos los casos e independientemente del país o el contexto específico de las operaciones de las empresas”— los convenios fundamentales de la OIT afirmados en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo,⁸ que protegen significativamente más los derechos de los trabajadores que la legislación nacional de los EE. UU. y muchos otros países.⁹ El Comité de Libertad Sindical de la OIT, por ejemplo, ha interpretado los Convenios 87 y 98 para prohibir a los empleadores negar el acceso sindical razonable al lugar de trabajo para comunicarse con los trabajadores sobre las ventajas de la sindicalización¹⁰

⁵ See, e.g., OECD, *Responsible Business Conduct for Institutional Investors* at 34-35 (2017); *OECD Guidelines* at Chapter II, ¶10, Chapter IV, ¶5, Commentary 19 and Commentary 41.

⁶ U.N., *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, at 21-22, HR/PUB/11/04 (2011) [hereinafter *UN Guiding Principles*] (“Leverage is considered to exist where the enterprise has the ability to effect change in the wrongful practices of an entity that causes a harm”). See also, *OECD Guidelines* at Commentary 41.

⁷ *OECD Guidelines*, supra note 4 at Commentary 41; *UN Guiding Principles* at 21.

⁸ *Id.* at Commentary 39. The Guidelines also make specific reference to the right to organise, stating that enterprises should “[R]espect the right of workers employed by the multinational enterprise to have trade unions and representative organisations of their own choosing recognised for the purpose of collective bargaining, and engage in constructive negotiations, either individually or through employers’ associations, with such representatives with a view to reaching agreements on terms and conditions of employment.” *OECD Guidelines*, supra note 4 at Commentary Chamber V (1)(a).

⁹ *OECD Guidelines* at Chapter IV, ¶1(a)-(b) and Commentary 39.

¹⁰ See ILO Committee on Freedom of Association, *Complaint against the Government of the United States by the United Food and Commercial Workers International Union et al.*, Report No. 284, Case No. 1523 (1992) (“The Committee requests the Government to guarantee access of trade union representatives to workplaces, with due respect for the rights of property and management, so that trade unions can communicate with workers, in order to apprise them of the potential advantages of unionisation”).

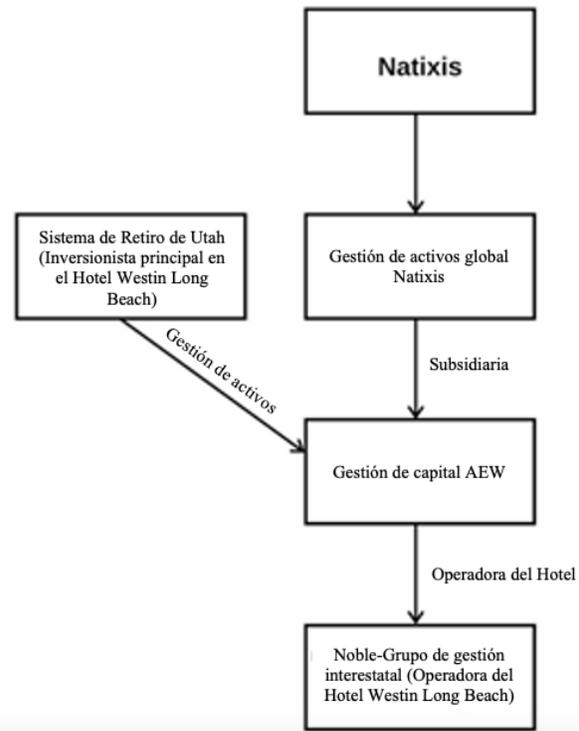
y hacer amenazas o el reemplazo permanente de facto de los trabajadores en huelga¹¹ —prácticas del empleador privilegiadas por la legislación laboral de EE. UU. La OCDE ha declarado que la gerencia debería adoptar un enfoque positivo hacia las actividades de los sindicatos y, en particular, una actitud abierta hacia las actividades organizativas dentro del marco de las normas y prácticas nacionales.”¹² Bajo este enfoque, se prohíben muchas herramientas antisindicales de los empleadores al estilo estadounidense, como someter a los trabajadores a sesiones de “audiencia cautiva” antisindicales y privar a los organizadores sindicales de un acceso comparable a los trabajadores—tácticas utilizadas por el empleador original en el caso del Westin Long Beach.¹³

Adicionalmente a estas y otros derechos procesales, las directrices de la OCDE también incluyen un derecho sustancial clave del trabajador: Los empleadores deben “[o]bservar los estándares de empleo y las relaciones industriales no menos favorables que aquellas observadas por empleadores comparables en el país anfitrión.”¹⁴ En el caso del Westin Long Beach, el sindicato alegó que el hotel violaba esta norma al proporcionar un seguro de salud a los empleados que era siete veces más caros que los planes más comunes ofrecidos a los empleados en los hoteles de grupos iguales, mayoría de los cuales eran sindicalizados.¹⁵

Las directrices de la OCDE, al igual que los Principios Rectores de la ONU, también tienen deficiencias notables—la más obvia es que se trata de una instancia de “derecho indicativo” sin efecto vinculante en los tribunales. El único medio de aplicación es la presentación de una queja—denominada como una “instancia específica”, con los puntos de contacto nacionales (“PNC”) establecidos por cada gobierno signatario. Si acepta un caso, los PNC pueden ofrecer sus buenos oficios para ayudar a resolver la disputa y expedir informes, pero no pueden expedir decisiones vinculantes. Las empresas encuestadas pueden optar por participar o no en un diálogo mediado por el PNC y muchas no lo

hacen: En 2018, por ejemplo, de los 34 casos de instancia específicos que cerraron los PNC, solo 11 fueron a mediación facilitada por el PNC y en casi una cuarta parte de los casos (23%), la OCDE atribuyó la falta de acuerdo entre las partes por la nula participación de la empresa demandada en el proceso.¹⁶ El escepticismo sobre la utilidad del mecanismo es probablemente un factor que impulsa el número relativamente pequeño de casos que se han presentado—52 se presentaron en todas las oficinas en 2018—aunque el uso del mecanismo ha aumentado en los últimos años.¹⁷

La cadena de inversión del hotel Westin Long Beach



Antes de discutir los temas legales y la participación de los accionistas en nuestro caso de estudio, revisemos brevemente las entidades comerciales implicadas.

Como es cada vez más habitual en el sector de la hotelería, el caso implicó una complicada cadena de inversiones. Al final de la cadena estaba el Hotel Westin Long Beach. Al comienzo del caso, el hotel era operado por una empresa con sede en EE. UU. llamada Noble-Interstate Management Group California LLC (“la operadora”), que empleaba directamente a sus trabajadores. Como se señaló anteriormente, el principal inversionista del hotel era un fondo de pensiones de empleados públicos en el estado de Utah, Sistema de Retiro de Utah (URS). El URS era propietario del hotel a través de una compañía matriz en manos de una empresa conjunta. De relevancia para las dimensiones internacionales del caso, el URS contrató a una empresa de gestión de activos llamada AEW Capital Manage-

¹¹ See International Labour Organisation (ILO) Committee on Freedom of Association, *Complaint against the Government of the United States by the AFL-CIO*, Report No. 278, Case No. 1543 (1991) (“The right to strike . . . is not really guaranteed when a worker who exercises it legally runs the risk of seeing his or her job taken up permanently by another worker just as legally.”).

¹² OECD Committee on International Investment and Multinational Enterprises, *The Review of the 1976 Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises*, at ¶ 60 (1979).

¹³ Antes de la resolución del caso, una clínica en la Escuela de Leyes UC Irvine elaboró un reporte evaluando las prácticas del empleado ante las normas laborales internacionales, concluyendo que la campaña antisindical del empleado—que implicaba reuniones de audiencias captivas donde los consultantes antisindicales intentaron disuadir a los empleados de organizarse—y su rechazo a otorgarle al sindicato acceso al lugar de trabajo para comunicarse con los trabajadores y contrarrestar los mensajes antisindicales del empleado que violaban las normas de la OIT. See Sam Cretcher and Sameer Ashar, *Report Regarding Compliance with Domestic and International Labor Standards at The Westin Long Beach Hotel*, IRVINE SCHOOL OF LAW IMMIGRANT RIGHTS CLINIC (May 18, 2016) [hereinafter UC IRVINE LAW CLINIC REPORT], http://www.law.uci.edu/academics/real-life-learning/clinics/pdfs/UCI-OECD-Report_5-18-16.pdf.

¹⁴ OECD Guidelines, *supra* note 4 at Chapter IV, ¶4(a).

¹⁵ UC IRVINE LAW CLINIC REPORT, *supra*, note 14, at 8-10, http://www.law.uci.edu/academics/real-life-learning/clinics/pdfs/UCI-OECD-Report_5-18-16.pdf.

¹⁶ OECD, *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2018* at 8, 21, (2019) <http://mneguidelines.oecd.org/2018-Annual-Report-MNE-Guidelines-EN.pdf>.

¹⁷ *Id.* at 31.

ment para supervisar la propiedad. AEW es una subsidiaria estadounidense de la firma francesa Natixis Global Asset Management (NGAM), que es propiedad de Natixis. Como administrador de activos, AEW asesoró al URS y al operador del hotel sobre cuestiones laborales y de otro tipo.¹⁸ Estas relaciones se resumen en el diagrama de la página anterior.

La oficina de quejas de la OCDE encuesta responsabilidad para los Administradores de activos

El sindicato hizo su mejor esfuerzo para usar los mecanismos legales locales para resolver los problemas laborales en el hotel, incluyendo presentar cargos por prácticas laborales injustas contra la operadora con la Junta Nacional de Relaciones Laborales. Sus trabajadores también presentaron una demanda colectiva por salarios y horas de trabajo contra la operadora. Pero cuando sus esfuerzos locales en EE. UU. no lograron una resolución, el sindicato comenzó a pensar de manera internacional.¹⁹ Asistido por el abogado francés americano Veronique Camerer y con la ayuda de la filial del sector bancario de la confederación sindical francesa CFDT, primero se buscó involucrar a Natixis en su asamblea de accionistas anual en París. Cuando la compañía no estuvo de acuerdo en dialogar, presentó una queja en el marco de las directrices de la OCDE. La queja alegaba que Natixis había violado sus obligaciones con la debida diligencia de recursos humanos al no asegurar que su subsidiaria AEW y el operador del hotel que supervisaba en nombre del propietario del hotel cesara su campaña antisindical.²⁰ El sindicato pidió al PNC francés usar sus buenos oficios para facilitar el diálogo para lograr este resultado.

El PNC francés se encuentra dentro de la Sec-

¹⁸ See French OECD PCN, *Report of the French NCP in the specific circumstance Natixis-NGAM in the United States*, at 6-8 (2017) [hereinafter *France NCP's Detailed Report on Natixis Case*]. <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2017/12/14/5-decembre-2017-rapport-du-pcn-francais-dans-la-circonstance-specifique-natixis-ngam-aux-etats-unis>.

¹⁹ See, e.g., Beth Healy, *Hotel workers cross an ocean to prod Natixis on union*, BOSTON GLOBE (May 24, 2016), <https://www.bostonglobe.com/business/2016/05/23/springtime-paris-hotel-workers-fly-miles-prod-natixis-union/ikYFdc0r5ichAH-PN1x9fBN/story.html>; Beth Healy, *Natixis CEO urges counsel to keep protesting Calif. hotel workers at bay*, BOSTON GLOBE (Apr. 8, 2016), <https://www.bostonglobe.com/business/2016/04/08/natixis-ceo-email-urges-counsel-keep-protesting-california-hotel-workers-bay/lx7KJ5AeznTTwiYQAKBNzj/story.html>.

²⁰ *Une Plainte Contre Natixis Pour Non-Respect Des Droits Syndicaux Aux États-Unis*, NOVETHIC, May 17, 2017, <http://www.novethic.fr/isr-et-rse/actualite-de-la-rse/isr-rse/natixis-attaque-pour-non-respect-des-droits-syndicaux-aux-etats-unis-144093.html>; Dan Isreal, *A Paris, les employés d'un hôtel américain demandent des comptes à Natixis*, MEDIAPART, May 24, 2016, <https://www.mediapart.fr/journal/economie/240516/paris-les-employes-d-un-hotel-americain-demandent-des-comptes-natixis?onglet=full>; Aaron Chappell, *Unite Here Local 11 Calls for OECD Investigation into Long Beach Westin Hotel—Complaint Filed against French Firm Natixis*, Sept. 20, 2016, AFL-CIO NOW, <http://www.aflcio.org/Blog/Organizing-Bargaining/Unite-Here-Local-11-Calls-for-OECD-Investigation-into-Long-Beach-Westin-Hotel-Complaint-Filed-against-French-Firm-Natixis>.

retaría de Hacienda francesa; es un organismo tripartito regido por representantes de sindicatos, empleados y el gobierno. Quizás debido a la responsabilidad que crea esta estructura, UNITE HERE Local 11 encontró que el PNC—dirigido por la Secretaria General del PNC, Maylis Souque—era muy transparente y receptivo a sus inquietudes. El PNC mostró una experiencia técnica impresionante para desentrañar las relaciones entre las diversas entidades corporativas. Y, es importante destacar que sus esfuerzos con Natixis de mediación fueron dirigidos personalmente por sus funcionarios de mayor rango.

La denuncia del sindicato, presentada en septiembre de 2016, exponía temas nuevos para la aplicación del marco de la debida diligencia de recursos humanos de las directrices. En un nivel general, presentó la pregunta de qué obligaciones de diligencia debida tienen las empresas que no son empleadores directos en las cadenas de inversión complejas, particularmente cuando múltiples entidades juegan algún papel en el proceso de inversión o toma de decisiones. Con respecto a Natixis, la pregunta más precisa era ¿qué obligaciones, si las hubiera, se aplican a las empresas del sector financiero que actúan como “asesores de inversión” o “administradores de activos” para inversionistas de capital privado, incluso cuando los asesores o gerentes no tienen intereses de capital en ¿el negocio?

En su informe final sobre el caso, el PNC observó que Natixis—a través de su subsidiaria estadounidense AEW—podría haber “contribuido” o estar “directamente vinculado” a las consecuencias adversas para los trabajadores como resultado de la campaña antisindical del operador local en la medida en que proporcionó asesoramiento operativo o desempeñó un papel en la adquisición del hotel y la selección de los socios operativos del hotel. Natixis estaba obligada a garantizar que su subsidiaria se apegara a las directrices de la OCDE utilizando su influencia para mitigar los impactos laborales adversos. Sin embargo, esta obligación no se cumplió, ya que la subsidiaria conocía las actividades antisindicales del operador del hotel, pero “no actuó para remediar la situación”.²¹ Con base en estos hallazgos, los líderes senior del PNC se comprometieron con Natixis para facilitar una resolución.

Un resumen de la interpretación del PNC de los lineamientos es que los agentes del sector financiero que le dan a los inversionistas asesoría operacional tienen una obligación de proporcionar asesoría que sea consistente con las directrices de la OCDE, incluyendo sus normas relacionadas con los derechos de los trabajadores a sindicalizarse. Dada el creciente y prominente papel de las empresas de administración de activos y asesores de inversión, esta conclusión, es impor-

²¹ See *France NCP's Detailed Report on Natixis Case*, *supra* note 18 at 6-8.

tante. El análisis del PNC también implica que cuando las empresas privadas de gestión de capital privado tienen una participación accionaria en el negocio en cuestión, lo que también es muy común, existirían inclusive más causas para esperar que las empresas tomen las medidas adecuadas para asegurar prácticas comerciales responsables.

Participación crítica mediante la red de administradores de fondos de pensiones franceses

Como se mencionó al inicio, un segundo desarrollo crítico que lleva a la resolución del caso fue el acuerdo paralelo con Natixis mediante fideicomisarios laborales laterales de un fondo de pensiones francés cuyos activos administraba la empresa. Réseau des administrateurs pour l'investissement facilitó este compromiso responsable (Red de Fideicomisarios para la Inversión Responsable o RAIR). Fundada en 2013 por Jean-Pierre Costes, un líder sindical y el fallecido Eric Loiselet, miembro del Partido Socialista Francés y destacado ambientalista, RAIR se lanzó para ayudar a los fondos de pensiones a garantizar que sus inversiones sigan los principios de responsabilidad social. Como iniciativa de los fideicomisarios sindicales, ha tenido especial interés en ver que no se le dé poca importancia a la "S" de "social" en ESG en relación con los problemas del medio ambiente y la gobernanza.

Los miembros de la RAIR incluyen administradores de fondos de pensiones impuestos por los sindicatos y empleadores para suplementar los beneficios del retiro ofrecidos por el gobierno francés, incluyendo aquellos para los funcionarios del sector público, maestros, trabajadores sanitarios y otros (IRCANTEC, PREFON, ERAFP, FRR), así como dos fondos del sector privado para los trabajadores agrícolas (AGIRC y ARRCO). La RAIR no tiene o invierte activos por sí misma. Sin embargo, los fondos cuyos fideicomisarios laborales laterales participan en la red cuentan con más de \$100 mil millones en activos.

En el verano de 2017, con la ayuda del abogado Camerer, UNITE HERE Local 11 se comunicó con el entonces presidente de la RAIR, Luc Prayssac, para expresar su preocupación con respecto al caso Natixis. La red compartió información sobre el caso y se enteró de que uno de los fondos, IRCANTEC, tenía activos importantes bajo la administración de Natixis, aproximadamente \$2 mil millones de los \$11 mil millones del fondo en activos.

Prayssac y Costes, ambos fideicomisarios de IRCANTEC, acordaron reunirse con Natixis para discutir el caso. Durante lo que resultó ser una reunión fatídica con la empresa, enfatizaron las preocupaciones expresadas por UNITE HERE de que el hotel estaba a la venta—un desarrollo que, además de eliminar la posibilidad de que Natixis tome medidas positivas para resolver la situación, podría tener más consecuencias negativas para los trabajadores del hotel que corren el riesgo de perder sus puestos de trabajo. Según Prayssac, los representantes de Natixis inicialmente defendieron la postura pública de la compañía de que no tenía

ninguna relación con el Westin Long Beach Hotel, pero la posición de la compañía evolucionó a lo largo de la discusión hasta el punto en que expresó su disposición a tomar una acción constructiva.

Reflexionando sobre esta participación, Prayssac relató: "En un enfoque de Inversión Socialmente Responsable (SRI), es importante que los inversionistas institucionales como los que yo presento, tengan información sobre el impacto social de sus inversiones. En este contexto, no es aceptable una cadena de inversión SRI cuando sabemos de trabajadores que están sufriendo y se les niega la oportunidad de ejercer sus derechos. Es por ello que recuerdo a los líderes de Natixis."

Resolución y conclusión

El compromiso del PNC y la RAIR con Natixis finalmente produjo un gran avance. A fines de 2017, el hotel se vendió de una manera que resolvió efectivamente la disputa. Se seleccionó un comprador cuyo operador, HighGate Hotels, negoció de inmediato con el sindicato los procedimientos para el reconocimiento del sindicato y posteriormente reconoció al sindicato basándose en la demostración de su apoyo mayoritario a través de tarjetas de autorización firmadas dentro de un mes de la venta. Como observó el PNC francés en su informe, "la venta del hotel realizada por AEW Capital Management en nombre de su cliente URS obviamente tuvo debidamente en cuenta las directrices de la OCDE y, en particular, la importancia del diálogo social, por un lado, en la elección del nuevo comprador y, por otro, en la elección del nuevo operador realizada por el nuevo propietario."²² Por lo tanto, la remediación implicó finalmente seleccionar un comprador dispuesto a adherirse a adoptar un enfoque positivo con respecto al sindicato.

Posteriormente, el sindicato y el nuevo empleador negociaron un innovador acuerdo de negociación colectiva. Entre las mejoras significativas en los salarios y prestaciones de los trabajadores, el acuerdo proporciona atención médica familiar integral pagada casi en su totalidad por el empleador y mejoras en la carga de trabajo para las amas de llaves. El acuerdo también abrió nuevos caminos en la protección de los trabajadores contra el acoso y la agresión sexual, requiriendo, entre otras cosas, que las amas de llaves recibieran botones de pánico para solicitar asistencia inmediata si se enfrentan a una conducta amenazante mientras limpian una habitación. Juana Melara jugó un papel central tanto en la organización del lugar de trabajo como en una campaña exitosa para instalar las mismas protecciones contra la agresión sexual en una ley de la ciudad. Desde que comenzó la pandemia de COVID-19, ella y sus compañeros de trabajo han impulsado con éxito mejoras en la seguridad y protección de los trabajadores en su lugar de trabajo y en toda la región.

En septiembre de 2018, Luc Prayssac y Philippe Sebag—los líderes sindicales de los fondos de pensiones

²² *Id.*, at 8.

que coordinan la RAIR, viajaron a Los Ángeles en lo que dijeron que era una “peregrinación”. Aunque su red de administradores de fondos de pensiones había jugado un papel clave en persuadir a Natixis de que cambiara de rumbo, nunca habían conocido a los líderes de trabajadores de Westin Long Beach. Cuando Prayssac y Sebag se enteraron de la oportunidad de venir a San Francisco para una conferencia del Center for Workers’ Capital, aprovecharon la oportunidad de conocer finalmente a los trabajadores de lo que, con un guiño a los Eagles, habían comenzado a llamar “Hotel California.”²³ En el hotel fueron recibidos con abrazos por parte de Juana Melara y sus compañeros de trabajo, quienes los llevaron a un recorrido, presentándolos a sus cocineros, lavaplatos, amas de llaves y otros, así como a su nuevo gerente general, mientras les señalaban las mejoras que habían ganado a través de su contrato sindical.

Esa noche, continuaron su intercambio internacional en una cena. En un punto, todos en la mesa tomaron su turno para compartir su recuerdo favorito. Melara recordó su incredulidad cuando se enteró de que iba a ir a Francia para la reunión anual de accionistas de Natixis y la incredulidad de sus gerentes cuando regresó, un momento que describió como un punto de inflexión en cómo se trataba a los trabajadores del hotel. Prayssac recordó que se puso a llorar cuando recibió una foto de los trabajadores del hotel la noche de su victoria con un cartel que decía “gracias por su solidaridad” en francés, que, según dijo, todavía conserva en su escritorio.

La campaña de Westin Long Beach es lo que podríamos llamar un “brote verde”. La campaña transformó las vidas de los trabajadores y otras personas involucradas y fue un paso crítico hacia la transformación del sector hotelero de Long Beach. Pero en el esquema más amplio de las cosas, el impacto de la campaña fue relativamente modesto. Su mayor importancia podría radicar en las lecciones y posibilidades que reveló sobre cómo los actores del sector financiero en las alturas dominantes de nuestra economía pueden ser responsabilizados por las condiciones en la base de las cadenas sobre las que se encuentran.

²³ Fundador de IRCANTEC y RAIR, Jean-Pierre Costes, quien jugó un papel protagonista en el caso Natixis, también planeó reunirse a la delegación francesa, pero problemas de salud evitaron que lo realizara.

LAS ORGANIZACIONES SINDICALES UTILIZAN LAS DIRECTRICES DE OCDE PARA ENFRENTAR EL ACOSO Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS OPERACIONES GLOBALES DE LA CORPORACIÓN MCDONALD'S

MARY JOYCE CARLSON

Global

El 18 de mayo de 2020, cuatro sindicatos y federaciones sindicales—La Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agricultura, Hotelería, Restaurantes, Catering, Tabaco y Afines (UITA); su filial europea EFFAT-IUF; el Sindicato Internacional de Empleados de Servicio (SEIU) y União Geral dos Trabalhadores (UGT)—presentaron una queja de “caso específico” con el Punto Nacional de Contacto (PNC) de los Países Bajos para la OCDE contra McDonald's, una compañía internacional de comida rápida con casi 40,000 tiendas, aproximadamente 2 millones de trabajadores y un ingreso anual de más de \$20 mil millones de dólares.¹ Los sindicatos denunciantes y las federaciones sindicales representan, entre otros sectores, a trabajadores de servicio, comercios minoristas y de restaurantes, incluyendo internacionalmente los trabajadores de comida rápida (IUF), en Europa (EFFAT-IUF), en Brasil (UGT) y en Estados Unidos y Canadá (SEIU).² La denuncia también alegaba que dos inversionistas institucionales de McDonald's, APG Asset Management y Norges Bank, no siguieron los lineamientos que requieren debida diligencia antes de invertir.³

La denuncia alega que a lo largo de todas sus operaciones globales—en siete países en cuatro continentes—McDonald's ha fracasado totalmente en proteger a sus trabajadores de la violencia y acoso generalizado de género.⁴ Argumenta que, al hacerlo, McDonald's no ha seguido las directrices de la OCDE sobre la prevención de la violencia y el acoso de género. La queja de “caso específico” de los sindicatos in-

cluye historia tras historia de acoso sexual en las tiendas de McDonald's a lo largo de siete países y cuatro continentes. En Brasil, una trabajadora fue seguida al vestidor por el gerente—y le dijo que necesitaría realizar favores sexuales para obtener una promoción.⁵ En Francia, un gerente instaló una cámara de teléfono celular en el vestidor de mujeres, posteriormente despidió a una mujer que se lo denunció.⁶ En el Reino Unido, un gerente pidió constantemente a una subordinada que se acostara con él y cuando ella se negó, él se exhibió delante de ella en el trabajo.⁷ En los EE. UU., “los trabajadores jóvenes de dieciséis años acusaron a supervisores de intentar violarlos, exposición incidental, tocamiento y ofrecimientos sexuales.”⁸ El “caso específico” alega que estos no son incidentes aislados, sino que reflejan un patrón de acoso.⁹

“La denuncia alega que a lo largo de todas sus operaciones globales—en siete países en cuatro continentes—McDonald's ha fracasado en su totalidad en proteger a sus trabajadores de la violencia y acoso generalizado de género. Argumenta que, al hacerlo, McDonald's no ha seguido los lineamientos de la OCDE sobre la prevención de la violencia y el acoso de género.”

La denuncia detalla cómo han sido ineficaces los esfuerzos previos para responsabilizar a McDonald's a través de canales nacionales. Se presentaron veintitrés denuncias de acoso por separado con las autoridades locales en Brasil,¹⁰ quince en Colombia,¹¹ y más de veinticinco en los Estados Unidos que no han producido

¹ Specific Instance: Gender-Based Violence and Harassment in Global Operations of McDonald's Corp. and Related Due Diligence by Investors APG Asset Management and Norges Bank, at 1, National Contact Point (NCP) (May 18, 2020) [hereinafter “Specific Instance”]

² *Id.* at 2.

³ *Id.* at 2, 21-26.

⁴ *Id.*

⁵ *Id.* at 15.

⁶ *Id.* at 17.

⁷ *Id.* at 20.

⁸ *Id.* at 8-9.

⁹ *Id.* at 9.

¹⁰ *Id.* at 14.

¹¹ *Id.* at 21.



Mary Joyce Carlson
Abogado
Fight for Fifteen
Law office of Mary
Joyce Carlson

un cambio a lo largo de la compañía.¹² Describe cómo una cultura de acoso sexual ha permeado los altos niveles de la compañía—una compra por 42 millones de dólares del Director Ejecutivo Steve Easterbrook después de que lo descubrieron en una relación sexual con un subordinado; y una “cultura corporativa de bebida, fiesta y coqueteo sexual... en el que se esperaba que las mujeres empleadas en puestos subordinados siguieran el juego.”¹³

La denuncia “caso específico” a la OCDE con respecto a la violencia y acoso de género en McDonald’s

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización internacional que se compone de cuarenta y dos estados, incluyendo la mayoría de los países europeos, los Estados Unidos y países en Asia y Oceanía.¹⁴ Un papel principal de la OCDE es desarrollar lineamientos para los empleadores multinacionales que destaquen los “principios y normas para la conducta responsable de los negocios en un contexto global.”¹⁵ En relación a esta denuncia, la OCDE cuenta con directrices de derechos humanos que prohíben la violencia de género, el acoso sexual y que requieren que los lugares de trabajo sean seguros.¹⁶ También cuenta con lineamientos que explícitamente llaman a la no discriminación en el empleo y la negociación entre empleadores y sus trabajadores.¹⁷ Las líneas de la OCDE también incorporan explícitamente los Convenios 111 y 190 de la Organización Internacional del Trabajo, que prohíben el acoso sexual y la violencia de género en el lugar de trabajo.¹⁸ Finalmente, la OCDE ofrece lineamientos por separado para los inversionistas en empresas multinacionales, alentándolos a “identificar y evaluar los impactos adversos reales y posibles” de sus inversiones y “[c]esarlos, evitarlos y mitigarlos”.¹⁹

Para alentar el cumplimiento de las directrices, se les pide a las naciones miembros de la OCDE designar Puntos Nacionales de Contacto (PNC) dentro de su propio gobierno.²⁰ Las agencias

¹² *Id.* at 8, 13.

¹³ *Id.* at 8.

¹⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), <https://www.oecd.org/about/> (last visited Sept. 14, 2020).

¹⁵ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2011) [hereinafter *OECD Guidelines*].

¹⁶ Specific Instance, *supra* note 1, at 3, *OECD Guidelines*, at Chapter IV (Lineamientos Capítulo IV en los Derechos Humanos, que incorporan: Carta Internacional de Derechos Humanos, que consiste en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos a través de lo que se codificó: El Convenio Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Internacional en Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

¹⁷ Specific Instance, *supra* note 1, at 3.

¹⁸ Specific Instance, *supra* note 1, at 3-4.

¹⁹ *Id.* (citando secciones de la Guía de Debida Diligencia de la OCDE para una conducta comercial responsable).

²⁰ *OECD Guidelines*, *supra* note 15 at 68.

gubernamentales designadas con PNC son responsables de promover las directrices a las empresas locales, los sindicatos, y la comunidad ONG en sus respectivos países.²¹ Un papel más importante de los PNC es recibir, investigar e intentar resolver las denuncias de “casos específicos”—quejas que alegan que una empresa multinacional no está siguiendo estos lineamientos.²² Generalmente, cuando una denuncia de “caso específico” describe problemas en un solo país, se espera que el PNC de ese país reciba la denuncia, investigue e intente resolverla.²³ Sin embargo, cuando un “caso específico” describe problemas en múltiples países, se debe identificar un PNC líder.²⁴ Se debe considerar un número de factores, pero generalmente, un PNC líder debe ser aquel que sea más adecuado para “lograr... resolver los problemas y además...la efectividad de las directrices.”²⁵

Alegatos contra McDonald’s en el “caso específico”

La denuncia de “caso específico” de los sindicatos describe cómo McDonald’s ha fallado en proteger a las trabajadoras, algunas jóvenes con tal solo dieciséis años, contra acoso sexual y violencia de género en todos los niveles de la organización. El “caso específico” comienza resaltando una cultura de acoso sexual en la sede central estadounidense de la compañía. Posteriormente detalla reportes y quejas de acoso sexual en las tiendas de McDonald’s en siete países. Finalmente, discute los esfuerzos de McDonald’s, ayudada por la administración Trump, para evitar la responsabilidad por el acoso sexual o un proceso a través del que los trabajadores podrían negociar sobre temas en el lugar de trabajo. La denuncia alega que esta conducta viola las líneas directrices de la OCDE diseñadas para combatir la violencia de género y el acoso en el lugar de trabajo.

En primero lugar, la denuncia describe cómo el acoso sexual es un tema en la cima de la estructura corporativa de McDonald’s. En 2019, el Director Ejecutivo de McDonald’s, Steve Easterbrook fue despedido porque tenía una relación sexual con un empleado subordinado.²⁶ La compañía declaró que el Sr. Easterbrook fue despedido “por causa injustificada” y recibió un paquete de indemnización de \$42 millones.²⁷ Después del despido del Sr. Easterbrook, un reporte interno encontró que las oficinas cede estadounidenses de McDonald’s tenían “una cultura de bebida, fiestas y coqueteos sexuales entre el alto ejecutivo y los subordinados en la que se esperaba que las

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ Coordinación entre los Puntos de Contacto Nacionales de la OCDE durante el manejo del caso específico, 4, 6 (2019).

²⁴ *Id.* at 8.

²⁵ *Id.*

²⁶ Specific Instance, *supra* note 1 at 7.

²⁷ *Id.* at 7-8.

empleadas en posiciones subordinadas siguieran el juego.”²⁸

En segundo lugar, la denuncia describe en detalle la experiencia de acoso sexual y la violencia de género de los trabajadores de McDonald’s en siete países: Australia, Brasil, Chile, Colombia, Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos. En Australia, la queja describe una encuesta realizada por la Comisión de Derechos Humanos de Australia. La encuesta encontró que los trabajadores en el sector minorista experimentan regularmente comentarios y bromas sexualmente sugerentes, preguntas intrusivas, miradas lascivas, toques no deseados, contacto inapropiado, seguimiento e invitaciones repetidas para citas.²⁹ En el Reino Unido, otra “amplia encuesta de los empleados de McDonald’s. . . hablaba de los detalles sobre los gerentes que hacían comentarios sexuales repetitivos, roces contra el personal y discusiones sobre deseos sexuales, abusando de su acceso al contacto con los trabajadores a fin de enviar textos y fotos explícitas y ofrecer mejores horarios y promociones a cambio de sexo.”³⁰ En Colombia, los investigadores han identificado quince casos legales que alegan acoso sexual contra McDonald’s.³¹ En Chile, los investigadores han recibido reportes anecdóticos de acoso generalizado y están intentando identificar más a través del Ministerio de Trabajo.³²

“Los lineamientos de la OCDE también incorporan explícitamente los Convenios 111 y 190 de la Organización Internacional del Trabajo, que prohíben el acoso sexual y la violencia de género en el lugar de trabajo.”

En Brasil, la queja describe veintitrés acciones legales iniciadas por los empleados de McDonald’s alegando acoso sexual y discriminación.³³ Una trabajadora describió ser acariciada y seguida al baño por su gerente.³⁴ Otra describe ser seguida alrededor de la tienda por un gerente quien le decía cosas sexuales, como que deseaba besarla, describiendo su cuerpo y pidiéndole salir en una cita.³⁵ Ella lo describió como extremadamente humillante.³⁶ Una tercera trabajadora describió a un compañero de trabajo que fabricaba, a través de edición de fotos, imágenes sexuales y desnudos de ella y que las compartió en el lugar de trabajo y en las redes sociales, incluyendo con sus gerentes, quienes la alentaban y se “deleitaban”.³⁷

En Francia, la denuncia describe múltiples relatos de acoso sexual en McDonald’s, muchos identificados por una ONG. En un caso, cuatro mujeres describieron ser acosadas sexualmente por un solo gerente por muchos años en un McDonald’s de París.³⁸ Él repetidamente—explícitamente—dijo que esperaba hacer llorar a las empleadas con sus comentarios sobre sus cuerpos, preguntas sobre sus preferencias sexuales, sujetándolas y pellizcándolas y alentando a sus otros colegas hombres a tratarlas de manera similar.³⁹ Cuando las mujeres se quejaron, sus denuncias fueron desestimadas y solamente se hizo más descarado en su abuso.⁴⁰

Finalmente, en Estados Unidos, en mayo de 2019, veinte cinco mujeres presentaron denuncias de acoso sexual contra McDonald’s con la Comisión para la Igualdad de Oportunidades de Empleo de EE. UU..⁴¹ En estos casos, muchos implicaban a niñas adolescentes trabajando para hombres mayores, las trabajadoras describieron ser sido manoseadas, agredidas físicamente, insultadas y burladas verbalmente y casi violadas.⁴² Adicionalmente, las mujeres describieron repetidamente haber recibido represalias por haber levantado la voz.⁴³ En un caso “una mujer de 16 años acosada por su gerente se quejó usando los procedimientos internos de la compañía. Ella y su madre, quien también trabajaba en McDonald’s, sufrieron descensos en sus puestos y pérdida de pago y la eventual pérdida de su trabajo.”⁴⁴ Más recientemente, el abril de 2020, dos trabajadoras presentaron una demanda colectiva contra McDonald’s, alegando “acoso repetido...sexual y acoso físico...en un McDonald’s propiedad de la compañía en Sanford, Florida y de que McDonald’s no está capacitando a los gerentes de las tiendas o castigando de manera adecuada a los acosadores seriales.”⁴⁵

En tercer lugar, la denuncia alega que McDonald’s, con la ayuda de la administración Trump, ha evitado asumir cualquier responsabilidad por acoso sexual en sus tiendas. Documenta cómo McDonald’s se ha negado a expandir la capacitación sobre acoso sexual a sus tiendas franquiciadas—lo que significa que el noventa por ciento de sus tiendas no tienen capacitación obligatoria sobre acoso sexual—y se ha negado a participar con sus trabajadores en la capacitación sobre acoso sexual que afirma estar haciendo sus otras tiendas.⁴⁶ También documenta cómo la administración Trump se ha negado a hacer cumplir los estándares laborales existentes contra McDonald’s, incluyendo las leyes que prohíben el acoso sexual⁴⁷ y las leyes que requieren que McDonald’s se reúna y negocie con sus trabajadores.⁴⁸

²⁸ *Id.* at 8.

²⁹ *Id.* at 14.

³⁰ *Id.* at 20.

³¹ *Id.* at 21.

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ Specific Instance, *supra* note 1 at 14-15.

³⁸ *Id.* at 18.

³⁹ *Id.* at 17-20.

⁴⁰ *Id.* at 17.

⁴¹ *Id.* at 8.

⁴² *Id.* at 9.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Specific Instance, *supra* note 1 at 10-11.

⁴⁷ *Id.* at 13.

⁴⁸ *Id.* at 12.

Alegaciones con respecto a los inversionistas institucionales APG y Norges

La denuncia también alega que dos de los inversionistas de McDonald's, APG Asset Management y Norges Bank, no cumplen con las directrices de debida diligencia de la OCDE. APG Asset Management es el inversionista más grande de capital de pensión en los Países Unidos y uno de los más grandes en el mundo.⁴⁹ Norges Bank es el banco central de Noruega.⁵⁰ Aunque los accionistas minoritarios, juntos, representan una de las mayores acciones de inversión en McDonald's: \$1.7 mil millones.⁵¹ Los lineamientos de debida diligencia de la OCDE requieren que los inversionistas, incluso los inversionistas minoritarios, investiguen los posibles abusos en las compañías en las que invierten y utilicen su influencia para prevenir o mitigar los impactos adversos.⁵² Esta debida diligencia incluye la participación de los accionistas, incluyendo los trabajadores, que se ven directamente afectados.⁵³ Además, la denuncia señala que ambas empresas tienen sus propios compromisos declarados con la debida diligencia y la inversión socialmente responsable.⁵⁴ Los sindicatos argumentan que, como mínimo, la publicidad sobre el acoso sexual en McDonald's debió haber notificado a APG y Norges sobre el problema.⁵⁵ Sin embargo, la queja señala que los sindicatos no responsabilizan a APG ni a Norges, sino que simplemente creen que, dados sus compromisos con la responsabilidad social, beneficiaría a los trabajadores para que APG y Norges participaran en cualquier negociación del PNC.⁵⁶

El PNC de los Países Bajos debe investigar la denuncia y reunir a las partes para la negociación.

El PNC de los Países Bajos debe aceptar la denuncia del "caso específico" y reunir a las partes para negociaciones porque (A) la denuncia del "caso específico" describe claras fallas para cumplir las directrices de la OCDE en violencia de género y acoso por McDonald's y la debida diligencia por los inversionistas institucionales; y (B) el PNC de los Países Bajos es el PNC adecuado para investigar e intentar resolver dichos problemas.

⁴⁹ *Id.* at 23.

⁵⁰ *Id.* at 24.

⁵¹ *Id.* at 22 ("Norges Bank es el octavo inversor individual más grande en McDonald's, detrás de los inversionistas institucionales que incluyen inversiones de Vanguard, Black Rock y Fidelity").

⁵² Specific Instance, *supra* note 1 at 22 (citando a la OCDE, "Conducta comercial responsable para los inversionistas institucionales: Consideraciones clave para la debida diligencia en virtud de los lineamientos de la OCDE para empresas multinacionales" (2017)).

⁵³ Specific Instance, *supra* note 1 at 25-26.

⁵⁴ *Id.* at 24-25, 26-27.

⁵⁵ *Id.* at 26-27.

⁵⁶ *Id.* at 27.

La denuncia del "caso específico" describe las fallas claras para cumplir los lineamientos de la OCDE sobre violencia de género y acoso por McDonald's y una falta de debida diligencia por los inversionistas institucionales.

McDonald's ha fallado claramente en el cumplimiento de los lineamientos de la OCDE sobre violencia de género y acoso y APG y Norges Bank han fallado en ejercitar la debida diligencia. Los lineamientos de la OCDE claramente prohíben que los gerentes maltraten a las empleadas por ser mujeres y amenacen a las mujeres con violencia de género, incluyendo la violación y otras formas de agresión física.⁵⁷ Para identificar solo algunos ejemplos, no existe interpretación de dichos lineamientos que permitirían a una mujer de dieciséis años y a su madre fueran despedidas por reportar acoso físico y sexual⁵⁸ o que permitirían a un empleador condicionar una promoción con favores sexuales.⁵⁹ De la misma forma, los lineamientos más amplios de la OCDE claramente requieren que los empleados estén abiertos a dialogar y negociar con sus trabajadores.⁶⁰ Entre otras cosas, la insistencia de McDonald's de que no tiene obligaciones legales con los trabajadores en sus tiendas franquiciadas, y mucho menos negociar con ellos,⁶¹ claramente falla en cumplir con estos lineamientos. Finalmente, se requiere que los inversionistas institucionales investiguen las compañías en las que invierten e intenten remediar los problemas que encuentren.⁶² Dada la publicidad sobre acoso sexual en McDonald's,⁶³ APG y Norges no pueden decir que no lo sabían. Sin embargo, no han hecho nada para remediarlo.⁶⁴ Así, el "caso específico" describe claras diferencias por parte de McDonald's, APG y Norges.

El PNC de los Países Bajos es el PNC adecuado para investigar e intentar resolver los problemas en el "caso específico" de los sindicatos.

El PNC de los Países Bajos es el PNC adecuado para investigar e intentar resolver los problemas en el "caso específico" de los sindicatos y no deben unir a las partes para negociaciones. Cuando un "caso específico" describe condiciones que han ocurrido en múltiples países, pero surge de los mismos problemas, las directrices de la OCDE recomiendan una investigación de múltiples

⁵⁷ *OECD Guidelines, supra* note 15 at Chapter IV.

⁵⁸ Specific Instance, *supra* note 1 at 9.

⁵⁹ *Id.* at 8.

⁶⁰ *OECD Guidelines, supra* note 15 at Chapter V.

⁶¹ Specific Instance, *supra* note 1, 12-13.

⁶² OECD, *Responsible business conduct for institutional investors: Key considerations for due diligence under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2017), <https://mneguidelines.oecd.org/RBC-for-Institutional-Investors.pdf>

⁶³ Specific Instance, *supra* note 1 at 26-27.

⁶⁴ *See id.* at 27.

PNC.⁶⁵ En investigaciones de múltiples PNC, un solo PNC se convierte en el PNC líder. No existe una regla clara para cuál PNC deba designarse un PNC líder. Sin embargo, los factores a considerar son: Dónde se presentó la denuncia, dónde tiene su sede la empresa multinacional y si algún PNC que pudiera designarse como PNC líder carece de la capacidad o disponibilidad para resolver el caso específico.⁶⁶ Lo más importante, un PNC líder debe ser uno que sea el más adecuado para “lograr...resolver los problemas y además...la efectividad de las líneas directrices.”⁶⁷

Aquí, muchos de los casos de acoso sexual han ocurrido en Europa, Europa es el mercado más rentable de McDonald's y las operaciones de McDonald's en Europa se coordinan en parte fuera de los Países Bajos.⁶⁸ El PNC de los Países Bajos tiene una historia de facilitar el diálogo entre los empleados y los trabajadores⁶⁹ y las operaciones europeas de McDonald's tienen una historia de negociación con los sindicatos.⁷⁰ Es más, uno de los inversionistas institucionales tiene sede en los Países Bajos y otra tiene su sede en Europa.⁷¹ El único otro PNC líder posiblemente adecuado es el PNC de Estados Unidos, ya que McDonald's tiene sede en los Estados Unidos y mucho del acoso sexual ocurrió ahí. Sin embargo, el PNC de EE. UU. es parte del mismo gobierno que se niega a responsabilizar a McDonald's por el acoso sexual bajo sus propias leyes.⁷² Del mismo modo, el liderazgo de McDonald's en EE. UU. ha rechazado categóricamente negociar con sus propios empleados,⁷³ *mucho menos reconocerlos como empleados*,⁷⁴ y ha justificado el acoso sexual en sus propias filas.⁷⁵ Así, el PNC de los Países Bajos es el más adecuado para aceptar la denuncia de “caso específico” de los sindicatos, liderar la investigación hacia el incumplimiento de McDonald's para acatar con las normas de la OCDE sobre violencia de género y acoso y reunir a las partes para negociaciones sobre cómo resolver los problemas.

De acuerdo con los lineamientos de procedimientos del PNC holandés, debió haber realizado una evaluación inicial “para determinar si se garantiza una consideración adicional por el PNC” dentro de tres meses a partir de la recepción “siempre que sea posible.”⁷⁶ El propósito de esta evaluación es determinar si, inter alia,

el PNC holandés es el foro adecuado, si el problema es “material y está fundamentado.” El 19 de noviembre de 2020, la NCP Holandesa respondió informando a los sindicatos que había aceptado la instancia específica y que el asunto procedería en adelante como tres instancias específicas paralelas pero coordinadas. Las NCP de los EEUU, Noruega y Holanda liderarán los asuntos que surjan en sus respectivas jurisdicciones, con la NCP Holandesa jugando un papel de liderazgo.

Conclusión

A pesar de los diversos esfuerzos para responsabilizar a McDonald's a nivel nacional por la desenfrenada violencia de género, la práctica persiste a lo largo de sus operaciones globales—como lo documenta meticulosamente el “caso específico” de los sindicatos. Al no abordar esto de manera sistemática y significativa, McDonald's y sus inversionistas institucionales no han cumplido las líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Si bien este no es un tema que pueda o vaya a ser resuelto por la mediación del PNC holandés, ésta podría proporcionar un foro importante para los trabajadores de McDonald's y para que sus representantes busquen compromisos de la empresa que, si se adoptan, podrían comenzar a establecer un camino hacia el cumplimiento a lo largo de todas sus operaciones. Por lo tanto, es crítico que el PNC acepte el “caso específico,” investigue sus alegatos y reúna a McDonald's, los sindicatos denunciadores y los inversionistas institucionales para negociaciones sobre cómo resolver el problema y proteger a sus trabajadores.

⁶⁵ Coordination between OECD National Contact Points during Specific Instance Handling 8 (2019).

⁶⁶ See *id.* at 15-16.

⁶⁷ *Id.* at 8.

⁶⁸ Specific Instance, *supra* note 1 at 4.

⁶⁹ *Id.* at 8.

⁷⁰ *Id.* at 7.

⁷¹ Specific Instance, *supra* note 1 at 2.

⁷² *Id.* at 12; see U.S. NATIONAL CONTACT POINT FOR THE OECD GUIDELINES ON MULTINATIONAL ENTERPRISES, U.S. DEPT. STATE, <https://www.state.gov/u-s-national-contact-point-for-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises/> (last visited September 14 2020).

⁷³ Specific Instance *supra* note 1 at 7.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.* at 7-8.

⁷⁶ Specific instance procedure - Dutch National Contact Point OECD Guidelines for mne's, <https://www.oecdguidelines.nl/notifications/documents/publication/2018/12/05/dutch-specific-instance-procedure> (last visited November 11, 2020).

La Red Internacional Lawyers Assisting Workers (ILAW por su acrónimo en inglés) es una organización gremial compuesta por abogados laborales y sindicales, a nivel mundial. La misión fundamental es unir y apoyar a profesionales del Derecho, asesores y académicos, en un intercambio de información, ideas y estrategias, con el fin de promover y defender los derechos e intereses de los trabajadores y sus organizaciones, donde quiera que se encuentren.