

DIRECTOR
JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR
FEDERICO ROSENBAUM

ISSN: 2697-3170

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

2026

Vol. 7
Núm. 18

Julio de 2026.

Copyright © Equipo editorial RJT
Cnel. Brandsen 1961/408, C.P. 11.200
Montevideo, Uruguay.
Teléfono: (+598) 24072888
contacto@revistajuridicadeltrabajo.com
www.revistajuridicadeltrabajo.com

El contenido de los artículos publicados en la Revista Jurídica del Trabajo es responsabilidad exclusiva de los autores.

Esta obra está bajo una licencia internacional Creative Commons Atribución

4.0. 

RESPONSABLES EDITORIALES

EQUIPO EDITORIAL

Director: Jorge Rosenbaum (Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)

Coordinador: Federico Rosenbaum (Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

César Arese (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Héctor García (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo, Brasil)

Rodrigo Palomo (Universidad de Talca, Chile)

Francisco Tapia (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)

José Herrera (Universidad del Rosario, Colombia)

Ignasi Beltrán (Universitat Oberta de Catalunya, España)

José Antonio Fernández Avilés (Universidad de Granada, España)

Carlos Palomeque (Universidad de Salamanca, España)

Eduardo Rojo (Universidad Autónoma de Barcelona, España)

Wilfredo Sanguinetti (Universidad de Salamanca, España)

Stefano Bellomo (Sapienza Università di Roma, Italia)

Patricia Kurkzyn (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Alfredo Villavicencio (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Alejandro Castello (Universidad de la República, Uruguay)

César Augusto Carballo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)

Oscar Hernández (Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Venezuela)

COMITÉ DE EVALUACIÓN

Miguel Ángel Maza (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Ricardo Seco (Universidad Blas Pascal, Argentina)

Carlos Ernesto Molina (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)

José Antonio Baz (Universidad de Salamanca, España)

Rosa Morato (Universidad de Salamanca, España)

Héctor Jaime (Universidad Católica del Táchira, Venezuela)

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DE EDICIÓN

Fábio Tulio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco, Brasil)

Nicolás Márquez (Universidad Católica del Norte, Chile)

Francisco Ruay (Universidad de Chile, Chile)

Luis Triguero (Universidad de Granada, España)

Javier Suarez (Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana)

Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)

ÍNDICE

ARTÍCULOS:

1 El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional

Francesco Belmonte

21 El proceso de tutela de derechos fundamentales en la propuesta del Código Procesal de Trabajo: ¿sustituye al amparo laboral como vía igualmente satisfactoria en el Perú?

L. Alberto Huamán Ordóñez

43 Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

83 La Inteligencia Artificial y el Derecho del Trabajo: retos en la protección de los trabajadores nicaragüenses

Luis Ernesto Alemán-Madrigal y Shelsy Estefanía López Esquivell

137 La crisis de la carga de la prueba desde la atalaya del proceso laboral

José Antonio Díaz Cabiale

227 A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora

Raymundo Lima Ribeiro Júnior, Luciana de Aboim Machado y Antônio Pereira Nascimento Júnior

CONFERENCIAS / EXPOSICIONES:

245 Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical

Nelson Mannrich

DISPATCH:

257 El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay

Federico Rosenbaum Carli

DEBATE:

269 Las recientes observaciones de la OIT a la ley de negociación colectiva de Uruguay

Jorge Rosenbaum Rimolo

ARTÍCULOS

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional

*The Italian Constitutional Court extends mandatory paternity leave to
the intended mother*

Fecha de envío: 08/12/2025 – Fecha de aceptación: 23/02/2026

Francesco Belmonte

Universidad de Molise

francesco.belmonte@unimol.it

RESUMEN: El autor, partiendo de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional n.º 115/2025, recorre la evolución jurisprudencial que ha llevado al reconocimiento, en Italia, de derechos y protecciones para las parejas homoparentales en el ámbito laboral.

A través de la valorización del *best interest of child*, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma de referencia y extiende el permiso de paternidad “directo” también a la madre intencional, unida civilmente a otra mujer y ambas reconocidas como progenitoras en los registros del Estado Civil.

PALABRAS CLAVE: parejas homoafectivas, uniones civiles, Italia, permiso de paternidad, parentalidad, tutela

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional

ABSTRACT: Starting from the recent Constitutional Court ruling no. 115/2025, the Author traces the evolution of case law that has led to the recognition, in Italy, of rights and protections for same-sex couples in the field of labor law. By promoting the *best interests of child*, the Supreme Court declares the relevant provision unconstitutional and extends "direct" paternity leave to the intended mother, in a civil union with another woman, and both registered as parents in the Civil Registry.

KEYWORDS: same sex couples, civil unions, Italy, paternity leave, parenthood, guardianship

1. El caso concreto

Con la sentencia de 21 de julio de 2025, n.º 115, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 27-bis del Decreto Legislativo de 26 de marzo de 2001, n.º 151 (introducido por el art. 2, ap. 1, letra c), del Decreto Legislativo de 30 de junio de 2022, n.º 105), en la parte en que no reconoce el permiso de paternidad "obligatorio" (o "directo") también a una trabajadora, progenitora intencional o social, en el marco de una pareja de mujeres que figuran ambas como progenitoras en los registros del Estado Civil.

La cuestión de legitimidad constitucional fue planteada por el Tribunal de Apelación de Brescia (ord. n.º 234/2024), ante el cual había llegado una acción antidiscriminatoria presentada ante el Tribunal de Bérgamo por Rete Lenford – Abogacía por los derechos LGBT, que actuó en defensa de las parejas de progenitores del mismo sexo.

En particular, la recurrente, madre intencional, denunció la conducta discriminatoria del INPS, que, conforme a la normativa vigente, había adoptado un sistema informático que no permitía la presentación telemática de la solicitud de permiso por parte de parejas homoparentales.

El juez *a quo*, llamado a pronunciarse sobre la cuestión, observó que la norma impugnada reservaba expresamente el permiso obligatorio únicamente al "padre trabajador", impidiendo su acceso al segundo progenitor, aun cuando estuviera

formalmente reconocido en los registros del Estado Civil. Esta exclusión se tradujo, de hecho, en la imposibilidad para la madre intencional de disfrutar del beneficio, también debido a la rigidez del sistema informático del INPS, configurado conforme al dato normativo.

Para el juez remitente, el legislador interno, al ejecutar la Directiva n.º 2019/1158/UE (sobre el equilibrio entre vida profesional y vida familiar) mediante el Decreto Legislativo n.º 105/2022, reguló en el art. 27-bis el permiso de paternidad obligatorio con referencia exclusiva al “padre” en una pareja de progenitores de distinto género, a pesar de que en nuestro ordenamiento existen casos en los que se reconoce jurídicamente el vínculo parental de parejas formadas por personas del mismo sexo. Esto ocurre como consecuencia de sentencias firmes o cuando las parejas han obtenido en Italia la transcripción del acta de nacimiento formada en el extranjero tras técnicas de reproducción asistida y la inscripción como progenitores en los registros del Estado Civil, incluso a raíz de la adopción en casos particulares, conforme al art. 44, ap. 1, letra d), de la Ley 184 de 4 de mayo de 1983.

En estos casos, señala el Tribunal de Distrito, «no cabe duda de que el progenitor no biológico es considerado en el ordenamiento interno como “segundo progenitor equivalente”, ya que, tras la inscripción en los registros del Estado Civil, resulta investido jurídicamente de los derechos y deberes propios del rol parental, sin poder, sin embargo, disfrutar del permiso obligatorio previsto en el art. 27-bis impugnado». El tenor literal inequívoco de la norma, que se refiere exclusivamente al “padre”, no permitiría una interpretación “conforme al principio de no discriminación fundado en el art. 3 de la Constitución y a las normas de la UE que imponen el principio de igualdad de trato sin distinciones basadas en la orientación sexual en las condiciones de empleo”.

Tampoco sería posible, según los jueces, la inaplicación de la norma interna en favor del art. 4 de la Directiva mencionada, que prevé el permiso obligatorio a favor del “segundo progenitor equivalente” solo cuando este sea reconocido en el ordenamiento interno.

En otros términos, así configurada, la norma impugnada violaría no solo la normativa supranacional de referencia, sino también el principio de igualdad del art. 3 de la Constitución, dado que dos situaciones equivalentes acabarían siendo tratadas de

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional

manera diferente. Desde el punto de vista de los deberes parentales, a tenor de los arts. 30 y 31 de la Constitución, tanto el padre como la madre intencional se sitúan en el mismo plano.

El art. 27-bis, al reconocer el permiso de paternidad solo al padre, impediría por tanto el pleno cumplimiento de los deberes parentales por parte de ambos progenitores, con independencia de su género.

En este marco, solo una intervención del Tribunal Constitucional permitiría eliminar la discriminación con efectos *erga omnes*.

2. La regulación de las uniones civiles en Italia: las cuestiones aún abiertas en materia de parentalidad

Con la entrada en vigor de la Ley de 20 de mayo de 2016, n.º 76 (conocida como Ley Cirinnà), el legislador reguló (y formalizó) las uniones civiles entre personas del mismo sexo y otorgó una mayor relevancia jurídica a las convivencias de hecho, redefiniendo profundamente los límites del derecho de familia, tradicionalmente basado en el monopolio jurídico del matrimonio, tal como establece el art. 29 de la Constitución.¹

Con particular referencia a las uniones civiles, se trató de una intervención normativa largamente esperada, impulsada por diversos sectores², que condujo a una reinterpretación de las nociones habituales de familia y matrimonio, profundamente arraigadas en el tejido social y tradicionalmente vinculadas a la diversidad de sexo entre los cónyuges.

El legislador, en efecto, abandonó una concepción “estática” de los institutos en cuestión, en favor de una interpretación “dinámica” de los mismos, entendiéndolos como conceptos modelados por la evolución histórico-social. En esta línea, la familia ha sido considerada una categoría en continua transformación, que surge espontáneamente en las distintas realidades sociales y evoluciona al mismo ritmo que los cambios económicos, sociales y culturales a lo largo del tiempo.

¹ Cf. Bin, R.: “La famiglia: alla radice di un ossimoro”. *Lavoro e diritto*, 2001, pág. y 9 ss.; Barcellona, P.: “voce Famiglia”. *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967, pág. 779 y ss.; Bessone, M., “Rapporti etico-sociali”, Branca, G. (dir.), *Commentario alla Costituzione*. Zanichelli: Bologna-Roma, 1979, pág. 1 y ss.

² La referencia es, en el plano supranacional, a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2015, demandas núm. 18766/11 y núm. 36030/11, *Oliari y otros c. Italia*.

Entre los múltiples perfiles jurídicos afectados por la reforma de 2016, destacan aquellos relativos al ámbito del derecho laboral³, tradicionalmente afín y próximo al derecho de familia⁴, debido a la importancia que adquiere la perspectiva de protección del sujeto débil —como, precisamente, el trabajador o la trabajadora perteneciente a un núcleo familiar—, pero, sobre todo, en virtud de la conocida “implicación de la persona” en el contrato de trabajo.⁵

La introducción de las normas laborales se ha orientado en dos direcciones distintas: la primera, mediante previsiones específicas relativas a algunos institutos vinculados a la relación laboral (la referencia es al art. 1, ap. 17, de la Ley n.º 76/2016, que extiende la indemnización por falta de preaviso y la indemnización por finalización de la relación laboral en caso de muerte del titular del derecho⁶, también a la pareja unida civilmente con el trabajador fallecido); la segunda, en cambio, se concreta en una cláusula general de equivalencia, definida asimismo como norma “de cierre”, que impone la aplicación a los miembros de la unión de las disposiciones legales, reglamentarias o convencionales que contengan la palabra “cónyuges”, términos equivalentes o referencias al “matrimonio”, “*con el único fin de garantizar la efectividad de la tutela de los derechos y el pleno cumplimiento de las obligaciones derivadas de la unión civil entre personas del mismo sexo*” (conforme al art. 1, ap. 20, de la ley citada).

Como efecto de dicha remisión automática, se extienden a cada una de las partes de la unión civil las mismas protecciones laborales previstas por el ordenamiento en

³ Sobre el tema, véase Pizzuti, P.: “Unioni civili e rapporto di lavoro”. *Lavoro e previdenza oggi*, 2019, spec. pág. 512 y ss.; Passalacqua, P.: “Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto”. *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, 2017, n. 320; De Mozzi, B.: “Le ricadute lavoristiche della l. n. 76 del 2016 in materia di unioni civili: luci ed ombre”. *Argomenti di diritto del lavoro*, 2017, pág. 46 y ss.

⁴ En cuanto a las implicaciones entre el derecho laboral y el derecho de familia, remítase a Magnani, M.: “La famiglia nel diritto del lavoro”. *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, 2012, n. 146; Ales, E.: “Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale”. *Diritto del lavoro*, 1999, I, pág. 153 y ss.; Bozzao, P.: “La protezione sociale della famiglia”. *Lavoro e diritto*, 2001, pág. 84 y ss.

⁵ Sobre el tema, véanse, entre otros, Smuraglia, C.: *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, 1967, pág. 173 y ss.; Grandi, M.: “Il lavoro non è una merce. Una formula da rimeditare”. *Lavoro e diritto*, 1997, pág. 557 y ss., spec. pág. 574.

⁶ Sobre el tema, v. Bettini, M.N.: “I diritti dei superstiti del lavoratore”. *Argomenti di diritto del lavoro*, 2011, pág. 852 y ss.

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional

favor de los cónyuges, como, por ejemplo, el permiso por matrimonio, la prohibición de despido por causa de matrimonio y la nulidad de la dimisión presentada dentro del año siguiente al mismo.⁷

No obstante, la técnica normativa empleada ha suscitado un amplio rechazo en la doctrina⁸, ya que podría agravar la función del intérprete, obligándolo (aún más) a buscar, dentro de la compleja y fragmentada regulación laboral, las disposiciones aplicables al caso concreto, con “consecuencias poco virtuosas en términos de claridad regulativa y de certeza del derecho”⁹.

Aún más relevantes son los problemas que plantea la conexión con la normativa de apoyo a la parentalidad¹⁰, contenida en el Decreto Legislativo n.º 151/2001, dada la (intencionada) omisión en la Ley Cirinnà de la *stepchild adoption* y la limitación de la cláusula general de equivalencia únicamente a la relación conyugal y no a la parental, con el fin de “estigmatizar” la permanente diferencia entre la unión civil y el matrimonio.

Esto es lo que se desprende del claro tenor normativo del apartado 20 de la Ley n.º 76/2016, según el cual la cláusula de salvaguardia “*no se aplica a las normas del Código Civil no mencionadas expresamente en la presente ley, ni a las disposiciones de la Ley de 4 de mayo de 1983, n.º 184. Se mantiene firme lo previsto y permitido en materia de adopción por las normas vigentes*”.

Como puede observarse, la reforma, al seleccionar las normas relativas al matrimonio que se extienden a la unión civil, no menciona aquellas relativas a la filiación y, además,

⁷ A estas previsiones se añaden: el cómputo de la pareja unida civilmente como carga familiar en los procedimientos de despido colectivo; la prioridad en la transformación del contrato de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial para la asistencia al cónyuge afectado por patologías oncológicas o por enfermedades crónico-degenerativas graves; los permisos por luto y por acontecimientos especiales, así como los previstos por la Ley n.º 104 de 5 de febrero de 1992 para la asistencia al cónyuge con discapacidad grave.

⁸ Se expresa en el sentido de que constituye “un atentado a la estética jurídica”, Dogliotti, M.: “Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)”. *Famiglia e diritto*, 2016, pág. 878. La opinión negativa es compartida también por Casaburi, G.: “Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)”. *Articolo 29.it*, 3 de marzo de 2016.

⁹ La expresión es de Pizzuti, P., *op. cit.*, pág. 522.

¹⁰ Para una exhaustiva revisión sobre el tema, v. Gottardi, D.: *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del D.Lgs. n. 80/2015*. Torino: Giappichelli, 2016. Para la manualística más reciente, cf. Proia, G.: *Manuale di diritto del lavoro*. Milano: Cedam, 2025, 6ª ed., pág. 256 y ss.

niega la equiparación entre los cónyuges y las parejas homoafectivas en lo que respecta a la regulación de las adopciones.

De ello se deriva una laguna normativa que limitaría el acceso a las protecciones previstas por el Texto Único de 2001 para aquellas parejas del mismo sexo que, con el fin de llevar a cabo su proyecto de vida familiar, recurren a técnicas excluidas jurídicamente del ordenamiento italiano (baste pensar en la gestación por sustitución para los hombres, la reproducción asistida para las mujeres y la cuestión de la *stepchild adoption*), pero que, no obstante, permiten la creación de un vínculo parental con el niño.

En particular, si bien es pacífico que la madre biológica pueda obtener el permiso de maternidad en las condiciones establecidas por el art. 16 del Decreto Legislativo n.º 151/2001, lo mismo no puede decirse respecto al derecho de la madre denominada social o intencional al permiso de paternidad llamado “sustitutivo” (conforme al art. 28 del Texto Único), que corresponde formalmente al padre, con carácter residual, únicamente en los supuestos de muerte, grave enfermedad, abandono del hijo por parte de la madre o en caso de guarda exclusiva del menor.

Los mismos límites se manifiestan, además, cuando la madre desea solicitar, como en el caso sometido a la atención del Tribunal Constitucional, el permiso de paternidad “directo”, convertido en “estructural” por el Decreto Legislativo n.º 105/2022¹¹.

Más compleja resulta, además, la posición de los dos progenitores varones, teniendo en cuenta la histórica centralidad de la figura materna en el contexto social y su situación de debilidad en la relación laboral¹², que ha requerido, con el tiempo, la adopción de medidas específicas destinadas a reequilibrar su posición dentro del vínculo contractual¹³.

¹¹ Para un análisis de las disposiciones introducidas por el decreto, véase Garofalo, D., Tiraboschi, M., Fili, V., Trojsi, A.: *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e 105 del 2022*. Bergamo: ADAPT Labour e-book Series, 2023.

¹² Al respecto, se comparte la posición de Calafà, L.: “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori”. *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2016, pág. 966.

¹³ A partir de la equiparación originaria entre mujeres y menores —considerados ambos sujetos vulnerables y, por ello, merecedores de protección— realizada por la Ley de 19 de junio de 1902, n.º 242. Sobre la evolución normativa en la materia, véase Ballestrero, M.V.: *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*. Bologna: Il Mulino, 1979, pág. 11 y ss.

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre
intencional

En este escenario, el reconocimiento de la paternidad ha tenido dificultades para obtener una afirmación auténtica, continuando siendo un derecho derivado y subsidiario respecto del de la madre (baste pensar en el permiso de paternidad sustitutivo mencionado anteriormente), aunque se haya iniciado un proceso normativo¹⁴ dirigido a legitimar un derecho autónomo del padre trabajador al cuidado de los hijos, si bien todavía no equiparado (en términos de duración y efectividad) al derecho materno.

No resulta, por tanto, sencillo valorar cómo las múltiples previsiones reservadas, de manera diferenciada, a la figura de la madre y del padre puedan extenderse también al miembro de la unión civil (como ocurre con la prohibición de trabajo nocturno¹⁵ o la prohibición de despido¹⁶, reservadas a la madre trabajadora), también en atención a las distintas finalidades que subyacen a dichas normas.¹⁷

3. La valorización del aspecto funcional de la parentalidad en la jurisprudencia consolidada

La ausencia de un marco jurídico de referencia ha “legitimado”, en los últimos años, un intenso dinamismo por parte de la jurisprudencia, que ha construido un entramado interpretativo destinado a suplir las lagunas del legislador, que ha permanecido en silencio sobre la cuestión.

¹⁴ La referencia es al art. 4, ap. 24, letra a), de la Ley de 28 de junio de 2012, n.º 92, que introdujo el permiso de paternidad “directo”, adicional respecto del regulado por el art. 28 del Texto Único (el denominado permiso “sustitutivo”), el cual, tras las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo n.º 105/2022, se ha convertido en una medida “estructural” y actualmente asciende a 10 días de ausencia del trabajo.

¹⁵ Medida reconocida exclusivamente a la madre, desde la constatación del estado de embarazo y hasta que el niño cumpla un año de edad (art. 53, ap. 1, T.U.). Aunque hasta que el menor cumpla los tres años de edad también el padre no esté obligado a prestar trabajo nocturno, su derecho resulta alternativo al de la madre y, además, está subordinado a la condición de que conviva con ella (art. 53, ap. 2, letra a, T.U.).

¹⁶ Según el art. 54, ap. 1, T.U., la prohibición opera, a favor de la madre, desde el inicio del embarazo hasta que el niño cumpla un año de edad; mientras que el padre, en el ámbito de una unión civil, no goza de ninguna forma de tutela, salvo el eventual reconocimiento del carácter discriminatorio del despido por razón de la orientación sexual.

¹⁷ Calafà, L.: “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori”, cit., pág. 966.

Una posible “solución” viene representada por la valorización de la perspectiva funcional de la parentalidad más que de la biológica, en una óptica de protección del interés superior del niño¹⁸.

En particular, los jueces, aunque han excluido el reconocimiento de un pleno derecho a la parentalidad en favor de las parejas homosexuales, con especial referencia a la posición del progenitor intencional, han admitido la denominada adopción no legitimante a favor del miembro de la pareja del mismo sexo del progenitor biológico del menor – conforme al art. 44, ap. 1, letra d), de la Ley n.º 184/83¹⁹ –, con el fin de realizar el “mejor” interés del niño, en cumplimiento del principio del *best interest of the child*, enunciado por la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989²⁰ (ratificada y puesta en ejecución en Italia mediante la Ley de 27 de mayo de 1991, n.º 176).

Ello estaría además legitimado, indirectamente, por la propia Ley Cirinnà, la cual, “*sin perjuicio de lo previsto y permitido en materia de adopción por las normas vigentes*” (art. 1, ap. 20, último párrafo, Ley n.º 76/2016), reconoce la posibilidad de la adopción mencionada, en virtud del propio tenor normativo, valorizando así la protección del interés del menor.

En esta perspectiva, la jurisprudencia ha excluido “que una valoración negativa sobre la existencia del requisito del interés del menor pueda basarse exclusivamente en la orientación sexual del solicitante de la adopción y de su pareja, ya que la orientación

¹⁸ Sentencia del TS, 8 de mayo de 2019, n.º 12193 y sentencia del TS, 22 de junio de 2016, n.º 12962. En cuanto a la jurisprudencia de mérito, cf., entre muchas, sentencia de la Corte de Apelación de Nápoles, 4 de julio de 2018, n.º 145; sentencia del Tribunal de Menores de Bolonia, 31 de agosto de 2017 y sentencia del Tribunal de Menores de Bolonia, 6 de julio de 2017.

¹⁹ “cuando exista la constatada imposibilidad de un acogimiento preadoptivo”.

²⁰ En virtud del artículo 2 de la Convención: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos enunciados en la presente Convención y a garantizarlos a cada niño que se halle bajo su jurisdicción, sin distinción alguna y con independencia de toda consideración de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole del niño o de sus padres o representantes legales, de su origen nacional, étnico o social, de su situación económica, de su incapacidad, de su nacimiento o de cualquier otra condición; 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que el niño esté efectivamente protegido contra toda forma de discriminación o sanción motivada por la condición social, las actividades, opiniones o creencias de sus padres, representantes legales o familiares.”

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional sexual de la pareja no incide en la idoneidad del individuo para asumir la responsabilidad parental”²¹.

En el ámbito del derecho laboral, el tema de la parentalidad fue abordado recientemente en 2020, cuando el Tribunal de Milán²² (decreto de 12 de noviembre de 2020) se pronunció sobre la extensión del permiso parental, reservado al padre trabajador por el art. 32, ap. 1, letra b), del Decreto Legislativo n.º 151/2001, a una madre intencional unida civilmente con otra mujer, en presencia de un vínculo parental documentado por los registros del Estado Civil.

En aquella ocasión, el juez de Milán afirmó que la existencia de un vínculo de parentesco entre la segunda madre y el menor, que se desprende de la documentación registral considerada legítima por el juez, abre la vía al reconocimiento del permiso parental en beneficio de la demandante²³.

En otros términos, el estatus de progenitora adquirido por la trabajadora, junto con la solicitud de permiso presentada a la empresa, representan los (únicos) presupuestos necesarios para acceder a la protección en cuestión.

El Tribunal, además, se detiene a identificar el tipo de permiso concretamente reservado a la madre social, basándose en las aclaraciones proporcionadas por el INPS, consultado por la propia trabajadora antes de presentar la solicitud de permiso al empleador.

El organismo de seguridad social, en el interés superior y prevalente del menor, considera posible reconocer los derechos vinculados a la parentalidad a favor de las parejas del mismo sexo, aun en ausencia de una normativa legislativa específica, siempre que exista una resolución de adopción “en casos particulares” (art. 44, ap. 1, letra d), Ley n.º 184/83), o bien, como en el caso de autos, la certificación del estatus de progenitora por parte del funcionario del Registro Civil.

²¹ Así, sentencia del TS, 22 de junio de 2016, n.º 12962.

²² Sea permitido remitir a Belmonte, F.: “Diritto al congedo parentale per la madre “intenzionale” o “sociale””. *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2021, pág. 513 y ss.

²³ En parcial reforma de la sentencia de primera instancia, la Corte de Apelación de Milán (sent. 17 de marzo de 2021, n.º 453) ha reconocido además a la madre intencional el permiso por enfermedad del hijo. Para un comentario sobre la resolución, véase Calafà, L.: “*Sui congedi di cura della madre intenzionale*”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2021, pág. 639 y ss.

En particular, en el supuesto de coexistencia de una madre biológica y de una madre que ha efectuado el reconocimiento, conforme al art. 254 del Código Civil, como “otra madre” del mismo hijo – ante el funcionario del Registro Civil, con la consiguiente inscripción del acto administrativo –, a la madre biológica le corresponde, en razón del vínculo biológico con el recién nacido, la protección de la maternidad y el permiso parental reservado a la trabajadora por el art. 32, ap. 1, lett. a) del Texto Único; mientras que la madre intencional es destinataria del permiso facultativo del padre trabajador, conforme al art. 32, ap. 1, letra b) del mismo texto normativo, en pleno respeto de los límites establecidos por el legislador en dicho artículo para las parejas heterosexuales. El juez milanés comparte la reconstrucción ofrecida por el INPS, a pesar de que la norma citada se refiera expresamente a la figura del padre trabajador. Este dato literal debe ser inevitablemente superado, puesto que solo el permiso previsto en la letra b) puede ser atribuido a la demandante, a diferencia del permiso contemplado en la letra a) precedente, que no puede sino ser reconocido a la madre biológica por su correlación con el permiso de maternidad.²⁴

Una interpretación semejante es la única capaz de garantizar de manera efectiva el derecho de la demandante, dado que, en el panorama legislativo actual, no están previstas hipótesis específicas de permiso parental destinadas a las familias con progenitores del mismo sexo.

Por lo tanto, sobre la base de la reconstrucción antes mencionada y en cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Único de 2001, la madre social puede ausentarse del trabajo, de manera facultativa, hasta los doce años de vida del niño, por un período (continuo o fraccionado, incluso en base horaria) no superior a seis meses desde el nacimiento del hijo – elevable a siete en el caso de que ejerza el derecho citado por una duración no inferior a tres meses²⁵ –, beneficiando del mismo tratamiento económico y de seguridad social reservado a los progenitores heterosexuales.

²⁴ Esto es lo que se desprende del tenor normativo, según el cual el derecho a abstenerse del trabajo corresponde “a la madre trabajadora, una vez transcurrido el período de permiso de maternidad previsto en el Capítulo III” – art. 32, ap. 1, letra a), T.U.

²⁵ Con arreglo al art. 32, ap. 2, del T.U., al que remite el apartado 1, letra b). La posibilidad de disfrutar de un mes adicional de abstención responde a la finalidad de incentivar al trabajador padre a hacer uso del permiso parental.

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional

Pero hay más: como consecuencia de esta interpretación extensiva, la madre intencional pasaría a ser destinataria de todas aquellas disposiciones en materia de permiso parental del padre trabajador previstas por la ley. La referencia es a la condición de progenitor “único”²⁶, que determina un aumento del período de ausencia facultativa hasta 11 meses, pero también al día adicional de permiso parental²⁷, introducido por el art. 4, ap. 24, letra a), de la Ley n.º 92 de 28 de junio de 2012, y convertido asimismo en un derecho “estructural” a partir de 2022.

En la misma línea, en los supuestos de adopción regulados por el art. 44, ap. 1, letra d), de la Ley n.º 184/83, se produciría una extensión, en favor de la madre social, de las protecciones previstas por el art. 36 del Texto Único para los progenitores heterosexuales adoptivos o acogedores²⁸.

4. La decisión del Tribunal Constitucional n.º 115/2025

La cuestión sometida al examen del Tribunal Constitucional entrelaza, como se ha visto, dos temas importantes: la protección del interés superior del menor y el reconocimiento de la parentalidad y de los derechos (además de los deberes) que de ella derivan, también en favor de las parejas homoafectivas.

Con carácter preliminar, el Tribunal reconstruye el marco normativo y jurisprudencial dentro del cual encuentra reconocimiento el instituto del permiso obligatorio de

²⁶ Para el INPS (Circular de 17 de enero de 2003, n.º 8), “la situación de ‘progenitor único’ puede verificarse, además de en los casos de fallecimiento del otro progenitor, de abandono del hijo o de atribución de la guarda exclusiva del hijo a un solo progenitor, también en el caso de la falta de reconocimiento del hijo por parte de uno de los progenitores”. Del mismo modo, dicho estatus puede apreciarse también en el caso en que “el otro progenitor esté afectado por una grave enfermedad, tratándose de una situación que, aun siendo limitada, puede de hecho impedir al progenitor gravemente enfermo hacerse cargo del menor” (Mensaje de 20 de septiembre de 2007, n.º 22911).

²⁷ El permiso parental voluntario constituye un derecho derivado del de la madre, ya que la posibilidad de que el padre se abstenga de trabajar está supeditada a que la madre renuncie a uno de sus días de permiso obligatorio, “cediéndoselo” al padre. En cuanto a su regulación, se remite a la normativa contenida en el Decreto de 22 de diciembre de 2012, n.º 66539 y a las aclaraciones proporcionadas por el INPS mediante las Circulares de 11 de marzo de 2021 y de 14 de marzo de 2013, n.º 40, así como el Mensaje de 27 de febrero de 2018, n.º 894.

²⁸ Según el art. 36, párr. 2, del Texto Único: “El permiso parental podrá ser disfrutado por los progenitores adoptivos y acogedores, cualquiera que sea la edad del menor, dentro de los doce años posteriores a su ingreso en la familia y, en cualquier caso, no más allá de la mayoría de edad”.

paternidad, poniendo de relieve cómo las modificaciones legislativas que se han sucedido en el tiempo han tenido como finalidad valorizar la igualdad no solo entre los cónyuges y entre las diversas categorías de trabajadores, sino también entre parentalidad biológica y adoptiva, con el fin de garantizar la mejor protección del interés prevalente del niño²⁹.

En particular, el Decreto Legislativo n.º 105/2022 derogó las disposiciones relativas a los permisos (obligatorio y facultativo) del padre —introducidos con carácter experimental, con el fin de promover una cultura de mayor reparto de las tareas de cuidado de los hijos dentro de la pareja, por el art. 4, ap. 24, letra a), de la Ley n.º 92/2012— y, en el art. 2, ap. 1, letra c), incorporó, en el Capítulo IV del Texto Único sobre la parentalidad, el art. 27-bis para regular el “*Permiso obligatorio de paternidad*”, reconocido a todos los trabajadores por cuenta ajena.

Este instituto reconoce al padre trabajador, desde los dos meses anteriores a la fecha presunta del parto y hasta los cinco meses posteriores, el derecho a abstenerse del trabajo durante un periodo de diez días laborables y, durante todo el período del permiso, una indemnización diaria equivalente al 100% de la retribución, “con el fin de lograr un reparto más equitativo de la responsabilidad parental y de establecer un vínculo temprano entre padre e hijo”³⁰.

La evolución en cuestión ha visto además una contribución significativa por parte de la jurisprudencia constitucional, “que ha debido distinguir entre los casos en que el interés del menor es absoluto o preeminente, haciendo que padre y madre sean plenamente intercambiables y justificando disciplinas idénticas (como en el caso del permiso parental y de los descansos diarios), y los casos que permiten tratamientos razonablemente diferenciados entre los progenitores, con la posibilidad para el padre de beneficiarse del período de abstención del trabajo y de la correspondiente indemnización solo en circunstancias excepcionales, en consideración de la diferente posición que padre y madre ocupan en relación con la filiación biológica”.³¹

En este marco, señala el Juez de las Leyes, ha surgido que las normas que regulaban los permisos y los descansos diarios no estaban concebidas exclusivamente para la

²⁹ sentencia del TC de 28 de julio de 2010, n.º 285.

³⁰ Punto 5.1 de la sentencia.

³¹ Punto 5.1, en el que se mencionan sentencia del TC de 23 de diciembre de 2003, n.º 371; sentencia del TC de 16 de mayo de 2002, n.º 197 y sentencia del TC de 14 de diciembre de 2001, n.º 405.

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional

protección de la mujer, sino más bien para garantizar la protección del interés primordial del niño.

El menor debe ser protegido “no solo en lo que concierne a sus necesidades propiamente fisiológicas, sino también respecto a las exigencias de carácter relacional y afectivo vinculadas al desarrollo de su personalidad”.³²

Precisamente esta finalidad ha inspirado, en el plano legislativo, la progresiva extensión del tratamiento de maternidad también a los supuestos de acogimiento y adopción³³, llegando así a establecer una perfecta igualdad entre los progenitores adoptivos³⁴.

En este contexto se inserta la duda de inconstitucionalidad planteada sobre el derecho al permiso obligatorio previsto en el mencionado art. 27-bis para las parejas homoparentales, las cuales, aun estando reconocidas como tales en los registros del Estado Civil, son tratadas de manera desigual respecto de las parejas compuestas por personas de distinto sexo, pese a la indiferencia del género en relación con las obligaciones de cuidado del menor y los derechos que de ello se derivan.

Para la Corte, la orientación sexual no puede, por sí misma, incidir en la idoneidad para asumir dicha responsabilidad parental³⁵.

El recorrido argumentativo seguido por el Juez de las Leyes se sitúa, además, en continuidad con el planteamiento ya adoptado en la reciente sentencia n.º 68/2025³⁶, en la que el Tribunal Constitucional afirmó que el interés del menor consiste en ver reconocido su estado de hijo respecto de ambas figuras – la madre biológica y la madre intencional – que han asumido y compartido el compromiso parental mediante el recurso a técnicas de PMA practicadas legítimamente en el extranjero. En efecto, cuando una pareja ha emprendido un proyecto de parentalidad, no es suficiente el mero reconocimiento del vínculo con la madre biológica, ya que existe el derecho del menor a mantener una relación con ambos progenitores³⁷.

³² Sentencia del TC de 1 de abril de 2003, n.º 104 y sentencia del TC de 21 de abril de 1993, n.º 179.

³³ Sentencia del TC de 22 de octubre de 2015, n.º 205, in *IUS Famiglie*, 4 dicembre 2015.

³⁴ Sentencia del TC de 23 de mayo de 2018, n.º 105, in *Diritto & Giustizia*, 24 maggio 2018.

³⁵ Sentencia del TC de 9 de marzo de 2021, n.º 33, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 2, I, 528.

³⁶ Sentencia del TC de 22 de mayo de 2025, n.º 68, in *Guida dir.*, 2025, 21.

³⁷ En términos análogos, v. Sentencia del TC de 29 de mayo de 2020, n.º 102, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1210.

Como puede observarse, el derecho de las parejas homoparentales no se reconoce “en cuanto tales”, sino a través de la vía “mediada” del *best interest of child*, que actúa así como un “puente interpretativo” para la plena aplicación del principio de igualdad, fundado —en este caso— en la orientación sexual de los progenitores.

En razón de estas consideraciones, la Corte declaró constitucionalmente ilegítima, por violación del art. 3 de la Constitución, la exclusión de una de las madres, trabajadora, del beneficio del permiso obligatorio de paternidad.

Dicha exclusión determina una desigualdad de trato irrazonable respecto de la situación en la que el beneficio se reconoce al padre trabajador en parejas compuestas por progenitores de distinto sexo.

En relación con el permiso, añade el Tribunal Constitucional, surge la necesidad de dedicar un tiempo adecuado al cuidado del menor, también mediante la modulación del tiempo destinado al trabajo, «en coherencia con la finalidad de favorecer el ejercicio de los deberes parentales según una mejor organización de las exigencias familiares, en un proceso de progresiva valorización del aspecto funcional de la parentalidad, que permanece idéntico en ambas formaciones, la pareja homosexual y la pareja heterosexual. Dentro de una pareja, ambos progenitores están llamados a garantizar el bienestar físico, psicológico y educativo del niño, porque [...] el vínculo parental se origina precisamente de la asunción de responsabilidades conforme a ‘la esencia misma de la relación padres-hijos’³⁸».

En esta configuración relacional resulta, por tanto, manifiestamente irrazonable la opción del legislador de no reconocer a la madre intencional de una pareja homoafectiva compuesta por dos mujeres el permiso obligatorio previsto a favor del padre en una pareja “tradicional”.

“En los términos de la cuestión planteada, que parte del reconocimiento de funciones diferenciadas entre las figuras de la madre y del padre dentro de un sistema asistencial obligatorio estructurado sobre la infungibilidad de los roles, es perfectamente posible identificar, en las parejas homoparentales femeninas, una figura equiparable a la paterna en las parejas heterosexuales, distinguiendo entre la madre biológica (quien ha dado a luz) y la madre intencional, que ha compartido el

³⁸ Sentencia del TC de 22 de mayo de 2025, n.º 68.

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional compromiso de cuidado y responsabilidad hacia el recién nacido y participa activamente en él³⁹”.

Y esta distinción resulta aplicable también en los casos de adopción no legitimante, en los que junto al vínculo jurídicamente reconocido con la madre biológica se suma la relación del menor con la madre social, conforme al art. 44, apartado 1, letra d), de la Ley n.º 184/83.

5. Consideraciones finales

La posición adoptada por el Tribunal Constitucional, alineándose con la reciente evolución jurisprudencial, contribuye a fortalecer, desde una nueva perspectiva, el encuadre jurídico de la homoparentalidad – y, en general, de todas las formas de parentalidad no biológica – mediante la valorización del vínculo parental establecido entre el progenitor social y el menor, siempre que dicho vínculo corresponda al interés superior del niño.

En otros términos, la necesidad de garantizar una tutela “plena” del menor permitiría equiparar la relación afectiva existente entre el progenitor intencional y el niño al vínculo biunívoco entre la atribución del estado de hijo y la existencia de un lazo genético con el progenitor.

El Tribunal, como se ha visto, no fundamenta su motivación en la identificación de la orientación sexual como factor autónomo de discriminación – si bien subraya que “la identidad de sexo no puede justificar un trato peyorativo hacia los progenitores⁴⁰”–, sino más bien en el “principio de asunción de la responsabilidad parental”⁴¹. La orientación sexual, por tanto, no incide por sí sola en la idoneidad para asumir dicha responsabilidad, siendo el interés del menor el que prevalece cuando exige el reconocimiento del estado de hijo respecto de ambas figuras, así como del conjunto de deberes y derechos derivados de dicho estatus: entre ellos, también el derecho a acceder al permiso de paternidad obligatorio.

³⁹ Punto 9 de la sentencia.

⁴⁰ Punto 7.1.

⁴¹ *Ibidem*.

En esta perspectiva, el enfoque “mediado” adoptado por el Tribunal no implica una total elusión del tema de la orientación sexual, sino una reinterpretación de la norma a la luz de la función que está llamada a desempeñar: asegurar, mediante (también) el permiso, la protección del menor y el fortalecimiento del vínculo afectivo con ambos progenitores, garantizando la posibilidad, para estos últimos, de cumplir con sus deberes.

El permiso de paternidad obligatorio, una medida destinada a tutelar la plena realización del derecho a la parentalidad del trabajador, no puede sino ser valorizado de manera extensiva, en la perspectiva del derecho del menor a disfrutar de los beneficios relacionales y afectivos derivados de la presencia del progenitor, tanto biológico como social, en los primeros meses de vida.

Aunque la evolución introducida por el Decreto Legislativo n.º 105/2022, al acoger las orientaciones de la jurisprudencia, haya redefinido la ratio subyacente al Decreto Legislativo n.º 151/2001 – pasando de una normativa dirigida a la protección de la mujer trabajadora a una garantía de protección del interés primordial del menor –, sigue emergiendo la necesidad de una intervención reformadora por parte del legislador, especialmente si se considera que los supuestos analizados por los tribunales conciernen principalmente a parejas del mismo sexo compuestas por dos mujeres, quedando así excluidas del reconocimiento de los derechos previstos en el Texto Único sobre la parentalidad las parejas homoparentales formadas por dos hombres.

Este estancamiento podría superarse fácilmente mediante la sustitución de la terminología calificadora presente en el articulado de la ley (madre, padre, trabajadora y trabajador) por vocablos más neutros⁴², con el fin de ampliar las protecciones allí contenidas y evitar cualquier discriminación en perjuicio de los hijos de parejas homoafectivas, preservando, sin embargo, aquellas disposiciones específicas vinculadas a la salvaguardia de la salud biológica de la gestante⁴³.

⁴² Se inclina Calafà, L.: “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori”, cit., pág. 966, por el uso de términos como progenitor 1 y progenitor 2.

⁴³ Basta pensar en la prohibición anticipada, conforme al art. 17 del T.U., a partir de los tres meses anteriores a la fecha presunta del parto: 1) cuando la trabajadora desempeña actividades que, en relación con el avanzado estado de embarazo, deben considerarse gravosas y perjudiciales; 2) en presencia de graves complicaciones en la gestación o de patologías preexistentes que se presume puedan agravarse por el estado de embarazo; 3) cuando existan condiciones laborales y/o ambientales

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional

De este modo, se lograría un enfoque integral en la tutela de la parentalidad – capaz de desplegar sus efectos también respecto de los progenitores heterosexuales ⁴⁴ –, en el cual la “maternidad biológica” pasaría a ser la excepción, en favor de la “parentalidad”, entendida como regla general, en cuanto compartida por progenitores de cualquier sexo con independencia del mismo.

Bibliografía

- ALES, E. (1999). “Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale”, *Diritto del lavoro*.
- BALLESTRERO, M.V. (1979). *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna.
- BARCELLONA, P. (1967). “Voce Famiglia”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI.
- BELMONTE, F. (2021). “Diritto al congedo parentale per la madre “intenzionale” o “sociale””, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*.
- BESSONE, M. (1979). “Rapporti etico-sociali”, BRANCA, G. (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma.
- BETTINI, M.N. (2011). “I diritti dei superstiti del lavoratore”, *Argomenti di diritto del lavoro*.
- BIN, R. (2001). “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, *Lavoro e diritto*.
- BOZZAO, P. (2001). “La protezione sociale della famiglia”, *Lavoro e diritto*.
- CALAFÀ, L. (2016). “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori”, *Il Lavoro nella giurisprudenza*.
- CALAFÀ, L. (2021). “Sui congedi di cura della madre intenzionale”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*.
- CASABURI, G. (2016). “Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)”, *Articolo 29.it*.

perjudiciales para la salud de la mujer y del niño; 4) cuando resulte imposible trasladar a la trabajadora a otras tareas.

⁴⁴ Al respecto, v. Calafà, L.: “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori”, cit., pág. 966, la cual señala que “la completa equiparación de los tratamientos entre padres y madres no se ha alcanzado ni siquiera para los progenitores heterosexuales”.

- DE MOZZI, B. (2017). "Le ricadute lavoristiche della l. n. 76 del 2016 in materia di unioni civili: luci ed ombre", *Argomenti di diritto del lavoro*.
- DOGLIOTTI, M. (2016). "Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)", *Famiglia e diritto*.
- GAROFALO, D., TIRABOSCHI, M., FILÌ, V., TROJSI, A. (2023). *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e 105 del 2022*, ADAPT Labour e-book Series, Bergamo.
- GOTTARDI, D. (2016). *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del D.Lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, Torino.
- GRANDI, M. (1997). "Il lavoro non è una merce. Una formula da rimeditare", *Lavoro e diritto*.
- MAGNANI, M. (2012). "La famiglia nel diritto del lavoro", *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, núm. 146.
- PASSALACQUA, P. (2017). "Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto", *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, núm. 320.
- PIZZUTI, P. (2019). "Unioni civili e rapporto di lavoro", *Lavoro e previdenza oggi*.
- PROIA, G. (2025). *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Milano.
- SMURAGLIA, C. (1967). *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Francesco Belmonte

El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre
intencional

Cómo citar: Belmonte, F. (2026). El Tribunal Constitucional italiano amplía el permiso de paternidad obligatorio a la madre intencional. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 7(18), 1-20.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

ARTÍCULOS

**El proceso de tutela de derechos fundamentales
en la propuesta del Código Procesal de Trabajo:
¿sustituye al amparo laboral como vía igualmente
satisfactoria en el Perú?**

*The fundamental rights protection process in the proposed Labor
Procedural Code: Does it replace labor protection as an equally
satisfactory option in Peru?*

Fecha de envío: 18/12/2025 – Fecha de aceptación: 09/03/2026

L. Alberto Huamán Ordóñez

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

e.abogados.chiclayo@outlook.com

RESUMEN: El presente artículo analiza la introducción del proceso de tutela de derechos fundamentales en el Perú como un mecanismo de protección laboral a partir de la propuesta de un Código Procesal de Trabajo. Para tal propósito, se sirve de los alcances prácticos desarrollados por el proceso de amparo como un instrumento de la jurisdicción constitucional que ha venido siendo utilizado por los trabajadores ante la afectación de sus derechos. Luego analiza el hecho de que dicho proceso ha aparecido como una herramienta idónea para proteger al trabajador llegando a establecer que, en su inicio, esta técnica ha sido utilizada de manera provechosa. Sin embargo, reconoce que posteriormente se ha utilizado de manera indiscriminada motivando a que el Tribunal Constitucional peruano haya limitado su aplicación a través de los

precedentes Baylón Flores, Anicama Hernández, Villanueva Valverde, Elgo Ríos, Vásquez Romero. Finalmente, se pregunta si el proceso de tutela de derechos fundamentales puede cumplir el mismo propósito que el amparo. Ello, sobre la experiencia del proceso abreviado laboral al cual el propio Tribunal Constitucional ha llegado a considerar como vía igualmente satisfactoria a la tutela constitucional. En este orden de ideas, se ocupa del carácter urgente preferente de la propuesta legislativa estableciendo algunos parámetros que la hagan posible. Con el uso de las técnicas hermenéutica, sociológica e histórica, se llega a la conclusión de que la propuesta puede alcanzar la calificación de tutela urgente si se descarta la conciliación y la casación pues no responden a la naturaleza tuitiva de este proceso.

PALABRAS CLAVE: proceso de tutela de derechos fundamentales, Código Procesal de Trabajo, jurisdicción constitucional, precedentes, amparo laboral, tutela urgente

ABSTRACT: This article analyzes the introduction of the process for the protection of fundamental rights in Peru as a labor protection mechanism, based on the proposed Labor Procedure Code. To this end, it examines the practical applications of the amparo process as an instrument of constitutional jurisdiction that has been used by workers when their rights have been violated. It then analyzes how this process has emerged as a suitable tool for protecting workers, concluding that, initially, this technique was used effectively. However, it acknowledges that it has subsequently been used indiscriminately, prompting the Peruvian Constitutional Court to limit its application through the precedents Baylón Flores, Anicama Hernández, Villanueva Valverde, Elgo Ríos, and Vásquez Romero. Finally, it questions whether the process for the protection of fundamental rights can fulfill the same purpose as amparo. This is based on the experience of the abbreviated labor procedure, which the Constitutional Court itself has come to consider an equally satisfactory avenue to constitutional protection. In this vein, the study addresses the urgent and preferential nature of the legislative proposal, establishing parameters to make it feasible. Using hermeneutical, sociological, and historical techniques, it concludes that the proposal can qualify as urgent protection if conciliation and

appeal are ruled out, as these do not correspond to the protective nature of this process.

KEYWORDS: process of protecting fundamental rights, Labor Procedure Code, constitutional jurisdiction, precedents, labor protection, urgent protection

1. Introducción

La tutela del trabajador, desde sus orígenes históricos, reclamó —y lo sigue haciendo— reglas claras, precisas y orientadas a su efectividad dado que se trata de proteger a quien el Derecho califica como «débil» frente al poder del empleador.

La igualdad, como valor y derecho históricamente liberal, también acogió al personal subordinado; esto último, como producto del proceso democrático, aunque no lo hizo tempranamente. Hubo mucho de liberalismo político y económico en los derechos sociales, contra todo lo que comúnmente se piensa. En buena cuenta, al referirnos a la tutela laboral —desde el Derecho chileno que nos sirve con carácter pedagógico— se ha efectuado bajo el entendimiento de que se trató de un mecanismo que permite que los diversos actores sociales participen en el debate público sobre aspectos cuyos efectos les conciernen (Ugarte Cataldo, 2007, p. 50).

A nivel sustantivo, el legislador en el Perú diseñó una regulación enfocada en pretender un balance entre los poderes del empleador y los que —fácticamente— tiene el trabajador.

A nivel procesal, sin perjuicio de otras regulaciones precedentes, legislativamente se emitió la Ley n.º 26636, Ley Procesal del Trabajo (LPT) y, años después, la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) dadas por el Congreso de la República en 1996 y 2010, respectivamente.

La primera se generó en un contexto en que se buscaba superar la deficiencia de regulación procesal trayendo consigo importantes aportes (Espinoza Montoya, 2023, p. 246) en relación con las regulaciones precedentes: Decreto Supremo n.º 003-80-TR (Presidencia de la República, 1980) y el Decreto Legislativo n.º 384 (Presidencia de la República, 1986). Por el contexto histórico y sociológico, para su generación, se pensó en enteros términos formalistas al albergar la denominada impugnación del

despido. La experiencia demostró que su aplicación práctica no estuvo ausente de diversos problemas en su ejecución (Espinoza Montoya, 2023); especialmente, en relación a la protección del trabajador bajo el despido nulo (artículo 27 inciso 3). Para su tiempo, conforme a la fórmula legislativa, se consideró el único despido tutelable con la reposición. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional al diseñar despidos distintos del legislador —al abrigo de la amplia fórmula del despido arbitrario— puso en evidencia las desmejoras de la LPT con el veredicto Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (STC n.º 1124-2001-AA/TC, 2002) reiterado en la sentencia Llanos Huasco (STC n.º 976-2001-AA/TC, 2003), este último aplicable al sector público como al sector privado (Díaz Colchado, 2022, p. 14). De este modo, en una tensión política subrepticia entre jueces y legislador, se generaron dos espacios de protección del trabajador (Liza Castillo, 2021, p. 159): el constitucional y el laboral.

El espacio constitucional, abierto a un amplio elenco de tutela del trabajador; ello, a través del amparo dentro de una apertura de técnicas de protección de índole constitucional. Su enfoque se basó en la protección de la persona en términos de sus derechos fundamentales y la conformidad con la Constitución.

El laboral, cerrado al enfoque de protección desde el despido arbitrario «legal» (Neyra Salazar, 2024, p. 140) y el despido nulo (Jaimes Reátegui, 2022, p. 34), actuando con deferencia frente al Parlamento.

Con un marco jurídico de mayor proyección, la experiencia demostró que el trabajador prefería acudir al amparo —como proceso constitucional— para la protección de sus derechos. Esto último generó un sobre dimensionamiento de la tutela supra legal. El ciudadano prefirió acudir al proceso constitucional por su practicidad. El fallo Baylón Flores (2005), en el ámbito privado, advirtió tal detalle poniendo frenos a su utilización. Esto llevó a que el legislador identificara los aspectos anómalos de la regulación procesal vigente. Como producto de la práctica, al contrastar la redacción de la regulación con su utilización diaria por parte de los tribunales, se buscó superar estos inconvenientes. Sobre dicha base, se diseñó una regulación actualizada expuesta a partir de la NLPT que presenta profundas diferencias con su antecesora (Ciriaco Bellido, 2019, p. 209).

Ahora bien, a la fecha se ha considerado pertinente recoger el proceso tuitivo a favor del trabajador en la propuesta —hasta ahora— de un Código Procesal del Trabajo (2025), enfocado en aglutinar todos los aspectos adjetivos de este tipo de juicio, a partir de la experiencia de la NLPT.

De entre ellas, por su novedad, destaca el proceso de tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Este conjunto de situaciones llevan a preguntarse: ¿Es posible que el proceso de tutela de derechos fundamentales laborales brinde al trabajador la tutela dispensada por el amparo laboral? De acoger dicha tesis: ¿Estamos ante la vía igualmente satisfactoria requerida por la regulación del Código Procesal Constitucional y los criterios del Tribunal Constitucional peruano?

Dichas interrogantes aparecen como sustento de la presente investigación atendiendo a que, a partir de la propuesta del aludido Código Procesal del Trabajo, la tutela de derechos fundamentales laborales podría ser el mecanismo procesal idóneo para garantizar la posición del trabajador frente a su empleador en juicio cuando se trata de este tipo de derechos inespecíficos. Esto bajo el entendimiento de que se abriría paso como la vía igualmente satisfactoria frente al papel que desempeñó —en su oportunidad— el amparo laboral.

Frente a este escenario, a través de la presente investigación, el autor se plantea dichas preguntas con el propósito de que estas sean respondidas afirmativamente atendiendo a que la determinación de dicho proceso como vía igualmente satisfactoria, a ser usada por el trabajador público o privado, podría contribuir a un uso adecuado de este mecanismo procesal.

Para ello, se partirá desde la protección judicial del trabajador desarrollando algunas ideas sobre el papel del amparo constitucional frente al proceso laboral determinando su origen y primeras expresiones de esta técnica procesal para garantizar la vigencia de la Constitución en las relaciones laborales. En igual medida, se analiza si es que el proceso de protección de derechos fundamentales, propuesto en el Código Procesal del Trabajo, podrá reemplazar al amparo. Igualmente, se estudia la confección del trámite urgente y preferente de este proceso preguntando si su estructuración permite considerarlo como vía igualmente satisfactoria precisando

algunas propuestas para que calce en tal propósito. Finalmente, se plantean las conclusiones del caso.

2. Materiales y métodos

El presente ensayo se realizó al amparo de una investigación cualitativa en tanto los métodos de investigación aplicados se basan en los de carácter hermenéutico, sociológico e histórico relacionados al proceso de tutela de derechos fundamentales laborales como vía igualmente satisfactoria frente al amparo laboral. El enfoque a desarrollar establece que la propuesta del Código Procesal del Trabajo, en cuanto a este proceso, cuenta con datos que permiten considerarlo idóneo para tal fin. Para tal propósito, es necesario poner énfasis en algunos institutos de su tramitación orientados a su mejora. Cabe indicar que, atendiendo a la naturaleza propia de la investigación cualitativa, el estudio se limita a analizar tales aspectos acudiendo a la literatura científica y la jurisprudencia con el propósito de reforzar la interpretación realizada. Finalmente, se declara que el presente estudio ha sido elaborado siguiendo los principios éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y en el Código de Conducta del *Committee on Publication Ethics* (COPE), aplicables a investigaciones académicas sin intervención directa sobre personas, garantizando la integridad metodológica, la transparencia y la responsabilidad en la difusión de resultados.

3. Resultados y discusión

3.1. Protección judicial del trabajador. Amparo constitucional y proceso laboral

El amparo, siendo un proceso constitucional, inicialmente nació dentro del espacio de la eficacia vertical de los derechos fundamentales.

Por esto, su utilización se enfocó en limitar los excesos del poder del Estado.

El amparo mexicano, con sentencia del 13 de agosto de 1848, fue documentado en el Perú por la pluma de Palomino Manchego (2012) aun cuando, según dicho autor, el primero sería —en realidad— el emitido a razón del juicio de 1847 seguido por García Torres contra el general López de Santa Anna (p. 336).

El amparo argentino vio la luz en el célebre caso Siri (1957), emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para proteger las libertades de imprenta y de trabajo —imposibles de proteger a través del hábeas corpus— frente al cierre del local donde se imprimía el diario de propiedad de dicho ciudadano (considerando 1) por parte de la policía de seguridad de la Provincia de Buenos Aires. Este pronunciamiento llegó a establecer que la actuación de los agentes de la administración, expresado en dicha intervención, debió realizarse conforme al régimen constitucional en cuanto a sus decisiones como a la competencia y a la forma concreta en que estas se concretaban (voto disidente del juez Herrera, párrafo 7).

Al abrigo de estos contextos, geográficamente lejanos, dicho proceso constitucional se dirigió a cuestionar los excesos de la maquinaria gubernamental.

Años más tarde, el amparo viró hacia la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

La mejor prueba de ello lo constituye el también conocido caso Kot (1958) en la República Argentina. Justamente, este pronunciamiento es interesante ya que no solo se trató un tema de conflictos entre particulares en términos de derechos fundamentales sino que tuvo relevancia laboral. Fue a consecuencia de la ocupación de la fábrica de este ciudadano por parte de sus trabajadores, que intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para impedir que se produjera un secuestro de facto del personal a su jefe.

Con estos antecedentes, asoma la historia del amparo laboral en el Perú.

Dicho medio procesal de tutela se generó sobre el sustento de que las relaciones laborales deben asumir, de manera obligatoria, que los derechos fundamentales del personal subordinado son enteras obligaciones de su empleador (Ojeda Quiroz, 2022, p. 179). En este sentido, este proceso constituyó una fuerte limitante al poder fáctico del patrón. Por ello, se descarta que las relaciones laborales no estén sujetas a la discrecionalidad y el arbitrio desnudo de su poder de dirección. Es así que, desde el pronunciamiento Fetratel (2002), el Tribunal Constitucional del Perú determinó que la controversia debía efectuarse en términos de afectación o no de los derechos fundamentales (STC n.º 1124-2001-AA/TC, fdm. 3) de quien pedía tutela. Ello fue reiterado en Llanos Huasco (2003), aplicable al sector público como privado (fdm.

12), al enfocarse en fortalecer los mecanismos de protección del personal subordinado (fdm. 16) reafirmando tal pensamiento.

Al hablar de un «amparo laboral» en el Perú se debe reparar en que se trata de una vertiente fáctica del amparo constitucional confeccionado a partir de sus diversas regulaciones en el tiempo.

Ante la ausencia de mecanismos jurisdiccionales idóneos, el trabajador como ciudadano ha sido quien ha calificado adecuado acudir a este tipo de tutela poco común (Ávalos Jara, 2017). En los tiempos de la denominada alternatividad de los procesos constitucionales, era obvio que el afectado prefirió la protección constitucional. Esto se debía a diversos factores: excesivo ritualismo del proceso laboral, acortamiento de los tiempos, carácter efectivo de las sentencias constitucionales, entre otros datos relevantes. Tal preferencia generó la saturación del uso de esta herramienta constitucional y con ello la falta de operancia idónea de los juzgados bajo su competencia. Se llegó al extremo en el que el propio Tribunal Constitucional tuvo que emitir precedentes —no solo a nivel laboral, sino también previsional y de otra índole como los casos Baylón Flores, Anicama Hernández, Villanueva Valverde, Elgo Ríos, Vásquez Romero— para limitar su utilización ya que era materialmente imposible poder atender el significativo crecimiento de procesos constitucionales en materia laboral.

3.2. El proceso de protección de derechos fundamentales: ¿Reemplazo del amparo?

Con la experiencia del amparo como proceso constitucional que evolucionó desde su uso práctico hasta un período de extenuación, se diseñó el proceso abreviado para hacer frente a los excesos del empleador.

Dicho mecanismo de tutela laboral ha sido objeto de examen por los jueces en cuanto a su uso en el tiempo.

Para el Tribunal Constitucional, dicho proceso se ha constituido en la vía igualmente satisfactoria (entre otras: Sentencia n.º 345/2024 del Expediente n.º 00544-2023-PA/TC, 2024, fdm. 4 y siguientes; Sentencia n.º 1270/2024 del Expediente n.º 01573-2024-PA/TC, 2024, fdm. 4 y siguientes) de la protección del trabajador. Dicho enfoque

es también compartido por la literatura científica (Rosas Torres, 2019, p. 25; Osorio Véliz & Castillo Fuentes, 2015, p. 322) llegando a identificarse una posición discrepante (Sánchez Matos, 2020, p. 25) al respecto.

Ahora bien, sobre la experiencia de los precedentes que cierran el acceso a los procesos constitucionales sumando la labor del Parlamento en dicha orientación, se ha considerado necesario ir más allá a través de un medio de tutela judicial efectivo que sustituya al amparo.

Esto al abrigo de las experiencias española (Chocrón Giráldez, 2012), chilena (Ferrada Bórquez & Walter Díaz, 2011) y nicaragüense (Sánchez Matos, 2020, p. 9).

Lo señalado se planteó atendiendo a que la proyección actual de los procesos de la libertad está enfocada en la «residualidad» de su utilización lo que obliga a que el legislador deba confeccionar diversos mecanismos de protección jurisdiccional —no siempre sujetos a la jurisdicción constitucional— con igual o similar resguardo.

La propuesta, albergada en el proyecto de un Código Procesal del Trabajo, recoge las pretensiones que normalmente se han depositado en el anterior y el vigente Código Procesal Constitucional regulados, de manera respectiva, en la Ley n.º 28237 (Congreso de la República, 2004) y la Ley n.º 31307 (Congreso de la República, 2021). Sin embargo, no se ha quedado allí.

También la propuesta recoge la visión de los tribunales en lo que concierne a derechos que, no encontrándose en el radio de acción de la actividad laboral, se han hecho presente en ella. Por esto que ha procedido a alimentar a este proceso de otros derechos conexos a lo laboral. Esto último al abrigo de la figura de los derechos laborales inespecíficos. Obviamente, para el conocedor, la proposición del aludido cuerpo procesal aparece identificada como un guiño a la abundante jurisprudencia que —desde la Carta constitucional de fines del siglo XX (Congreso Constituyente Democrático, 1993)— ha desarrollado el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República al respecto en lo concerniente a derechos ligados al entorno del Derecho del Trabajo.

De acuerdo a Flores Alanoca (2024) la jurisprudencia ha venido y viene dando legitimidad a la actividad jurisdiccional (p. 212) lo que se confirma con la propuesta legislativa materia de examen.

Al abrigo de tales consideraciones, bien se puede sostener que el proceso de tutela de derechos fundamentales recogido en el proyecto del Código Procesal del Trabajo, se enfocó en ocupar el lugar que ha tenido el amparo laboral por largos años. Esto se advierte en la determinación de pretensión procesal única, establecida en la propuesta (artículo 63 inciso 63.4), que el legislador no entiende reñida con la posibilidad de ordenarse cuanta medida sea adecuada para restablecer la afectación dada en el entorno de las relaciones laborales.

3.3. El trámite urgente y preferente de este proceso: ¿Es expresión de una vía igualmente satisfactoria?

La propuesta de Código de Trabajo peruano se enfoca en derechos fundamentales conectados, directa o indirectamente, con el entorno laboral.

Por esto, bien se puede sostener que se inserta dentro de los alcances del principio protectorio (Murano, 2021, p. 324) del trabajador que atiende al desequilibrio entre los sujetos de las relaciones laborales enfocándose en compensar este escenario adverso.

En el espacio extranjero, a partir de la Corte Constitucional italiana, se habla que la protección de derechos fundamentales laborales reclama protección que no dispensan los procesos laborales comunes (Carinci, 2019, pp. 6-7). En esa línea, el proyecto de código procesal laboral peruano identifica y desarrolla tal necesidad legislativa.

Es así que, atendiendo al carácter singular que despliegan las relaciones laborales, se plantea la posibilidad de que el proceso de tutela de derechos fundamentales tenga carácter urgente y preferente (artículo 66). Para que ambos atributos se entiendan justificados al abrigo de la vía igualmente satisfactoria —que es el enfoque pensado en el análisis del autor de la presente investigación— debe valorarse que la urgencia y preferencia reclaman acortar etapas procesales (Sánchez Matos, 2020, p. 13) que hagan posible un juicio, no sólo justo, sino también rápido con alta proyección en su ejecución. Por ello, el autor considera que el pedido de demanda (artículo 65) no debería seguir el clásico camino de la presentación que de ella se realiza en el proceso civil. Desde dicho punto de vista, con el propósito de dar soporte a su rotulación de

tutela diferenciada, debería apoyarse en formularios obligatorios que delimiten el trabajo de los abogados, tanto para plantear como para contestar la demanda, donde —además de los requisitos formales exigidos por el Código Procesal Civil— se identifique, con claridad, los siguientes parámetros:

1. El carácter fundamental del derecho (artículo 63 inciso 63.1): descartando derechos de origen legal que merecen resguardo a través de otros mecanismos. El carácter de urgencia y preferencia dice mucho de esta exigencia que recae en los abogados que acudirán a este tipo de proceso.

Es el abogado del afectado el que lo debe demostrar y el del emplazado el que deba alegar que se trata de un derecho legal; esto último, con miras al rechazo de la pretensión y su reconducción al trámite ordinario del proceso laboral.

Las defensas técnicas de las partes de este juicio especializado deben tener una posición activa facilitando al juzgador la resolución de la controversia.

2. El contenido esencial (artículo 63 inciso 63.2): excluyendo los contenidos no esenciales o accidentales que podrían encontrarse involucrados en la controversia judicial. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha realizado pedagogía al respecto en este rubro.

Son los propios abogados los que deben identificar tal contenido siendo este, de manera puntual, un aspecto trascendental que el juez corroborará en la etapa procesal pertinente. No se puede ir a este tipo de juicio especial sin hacer tal delimitación.

De Lama Laura (2010) documenta con acierto que, en la práctica del amparo laboral, uno de los graves problemas de su utilización excesiva se basó en plantearlo sobre aspectos que no se relacionaban con el contenido esencial de un derecho o de aquel ligado a dicha protección (p. 158).

Esto ha llevado a una irreflexiva utilización de esta institución procesal.

Bajo dicha experiencia, se deben reducir los riesgos de demandas temerarias que, al abrigo de la jurisprudencia consolidada, acrediten una alta posibilidad de improcedencia. El buen abogado sabe, de manera intuitiva, del éxito o del desacierto de sus pretensiones. En este aspecto, el papel de los colegios profesionales de abogados es determinante para retroalimentar dicha exigencia a través de

capacitaciones a sus agremiados. El objetivo es reducir el desacierto y la improvisación.

3. La fuente positiva o jurisprudencial, ambas de necesaria naturaleza suprallegal, de los derechos fundamentales involucrados: ello, para delimitar el debate y descartar derechos legales.

Es obligación de los partícipes del proceso debatir en torno a la constitucionalidad del actuar lesivo que sustenta el planteamiento de este tipo de proceso. Una visión distinta es una auténtica pérdida de tiempo para la organización del Poder Judicial y un demérito profesional para los abogados que patrocinan al trabajador como al empleador. El papel institucional de los colegios profesionales sigue siendo decisivo aquí.

4. El ejercicio anómalo del poder de dirección empresarial o administrativo (artículo 63 inciso 63.2): bajo el entendimiento de que probatoriamente se asocia la conducta del empleador a su posible actuación inconstitucional. Esto para poder medirlo comparativamente respecto de situaciones ordinarias donde es utilizado legítimamente, a efectos de detectar su carácter inconstitucional (Arce Ortiz, 2012, p. 437).

Aquí se debe efectuar un análisis en términos de ponderación para establecer su actuar conforme o no a la Constitución.

Esto lleva a descartar el modelo subsuntivo de aplicación de la regulación que habilita el poder del empleador.

5. Determinación del test de proporcionalidad de la decisión empresarial o administrativa asumida: si el debate es de nivel de tutela de derechos fundamentales, resulta necesario que las partes —representadas por sus abogados— deban desarrollar dicho test para que se acoja o rechace su teoría del caso.

Si son los abogados los que llevan un juicio a un nivel constitucional —cuando han podido hacer uso de otras vías—, son ellos los obligados a demostrarlo. El proceso de tutela de derechos fundamentales no puede ser un “atajo” para trabajadores y clientes apurados en obtener un resultado.

Los elementos tripartitos de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad deben ser pre configurados en el debate, a través de los escritos de demanda y de contestación; de esta manera, contribuyen a delimitar el debate.

Esta exigencia contribuiría a reducir el desacierto y a fortalecer el carácter especializado de este tipo de debates procesales.

Del mismo modo, contribuirá a agilizar la audiencia de juzgamiento y la emisión pronta de la sentencia; acorde con la proyección de urgencia y preferencia innata a este proceso.

Quispe Montesinos (2024, p. 45) asume la idea de analizar solo la razonabilidad de la actuación del empleador en este tipo de proceso. El autor de la presente investigación se distancia de esa posición atendiendo a que se requiere analizar el actuar lesivo en términos de su conformidad o no con la Constitución, lo que obliga a acudir al antes referido test o examen de proporcionalidad.

6. Mención de la jurisprudencia existente: la determinación del debate es clave a través de la posición que los jueces han tenido o tienen respecto a un tema materia de proceso de tutela de derechos fundamentales.

Las defensas técnicas deben invocar la jurisprudencia a favor o en contra; igualmente, si se trata de un derecho autónomo, relacional o innominado. Del mismo modo, si es específico o inespecífico.

El juez no puede estar «adivinando» lo que las partes quieren.

Consideramos prudente la identificación del fallo y su respectivo considerando así como algún descriptor que permita una rápida asociación mental —ejemplo: 976-2001-AA/TC, fdm. 15, b) (caso Llanos Huasco)— para evitar que la demanda y su contestación sean una mera transcripción de la decisión judicial que sostiene el papel de las defensas técnicas.

Más hojas, en una demanda o en una contestación, no necesariamente se traducen en mayor destreza de quien defenderá derechos fundamentales a nivel procesal laboral.

De encontrarnos ante casos en los que un determinado veredicto no se encuentre en un repositorio oficial, sería recomendable facilitar al juzgado una copia digital (por ejemplo: enlace de Google Drive u otra aplicación) de la misma o la identificación de su ubicación virtual a través de algún acortador de link.

Esto ayudaría a reducir los tiempos de la judicatura en leer toda la sentencia que sirve de sustento a las pretensiones; imprimir y acompañar la sentencia no sería una adecuada estrategia procesal.

7. La presencia de medios probatorios enfocados en su merituación: ello, al igual que el amparo. Conforme a la literatura científica extranjera, obra espacio para la utilidad de los indicios (Ugarte Cataldo, 2009, p. 50) dado que no siempre el actuar del empleador será detectable cuando incide sobre derechos fundamentales.

Se entiende que tal enfoque es una excepción al clásico modelo de carga de la prueba; esto involucra un aligeramiento de la obligación de probar del trabajador (Sánchez Matos, 2020, p. 17).

Por otra parte, dado que el debate es sobre derechos fundamentales, importa mucho la capacidad de síntesis del conflicto por medio de los procesos laborales, con especial énfasis al de tutela de derechos fundamentales. Se trata de verdaderas garantías que funcionan en orden a su especialidad (Paitán Martínez, 2021, p. 32) lo que obliga a que la formación de los participantes del proceso sea en términos constitucionales. Esto implica una reconducción del pensamiento positivista y subsuntivo al de carácter constitucional con sus categorías privativas de esta última disciplina. Esto no es un ejercicio aprehensible rápidamente atendiendo a que las técnicas constitucionales difieren de las herramientas clásicas de aplicación del Derecho objetivo que se han venido usando, por largo tiempo, en casi todos los procesos judiciales incluyendo a los laborales.

El autor considera recomendable que la administración del Poder Judicial —a través de una resolución administrativa de la Presidencia de dicho poder del Estado— establezca un rango de cinco a diez páginas relacionadas al planteamiento de este tipo de procesos.

Si se trata de proteger al trabajador frente a afectaciones de índole constitucional, el debate debe ser altamente especializado.

Un juez no puede resolver un juicio de manera urgente y preferente —como es la naturaleza de este tipo de litigios— si los propios abogados no ayudan a que eso sea posible a través de un escrito de lectura interminable (Quispe Montesinos, 2023, p. 222).

El arte de convencer está en los detalles.

La sistematización de la información es uno de ellos.

Obrar del modo clásico: demandas extensas (Gómez Guevara, 2020, p. 142), carencia de identificación del conflicto en términos estrictamente constitucionales,

imprecisión en el contenido del derecho fundamental materia de juicio laboral, etc., es hacer de este proceso otro más.

Este planteamiento es enteramente empírico. No está sustentado en ningún estudio previo. Sin embargo, la experiencia enseña que la capacidad de síntesis de los documentos presentados a los tribunales podría reducir el tiempo de su atención por el juez. Igualmente, propiciaría la identificación del problema y contribuiría a una mejor proyección mental de su solución.

La conciliación, ante la afectación de derechos fundamentales, es una situación no aceptable desde el punto de vista del autor respecto de este tipo de proceso laboral. La experiencia demuestra que el uso de esta técnica en el ámbito procesal laboral no ha dado frutos, repitiendo el mismo error de la LPT. Si bien, la ley procesal actual establece que el juez es quien debe propiciar la conciliación, la realidad del abogado litigante evidencia que esto se usa como fórmula sacramental, más que como mecanismo efectivo (Ortega Campos, 2019, p. 61). Esto se repite incluso en escenarios en que el empleador, habiendo otorgado poder para conciliar, no arriba a ningún acuerdo.

Alternativamente —en el supuesto negado de mantener la conciliación en el texto de la propuesta— podría llegarse a un estado en el que el juez, habiendo planteado conciliación y al ser esta no aceptada por las partes, haga prevalecer su posición con el propósito de solucionar el conflicto. Bien podría hablarse, de una «conciliación forzada» —similar a la que ya se produce en los juicios por alimentos— lo cual resultaría contraria a la propia naturaleza de esta técnica resolutora de conflictos; sin embargo, se considera que es la mejor opción para cerrar la controversia de la mejor manera. Esto se puede reforzar en escenarios donde los precedentes de los jueces han establecido una línea clara optimizando los derechos fundamentales. La práctica diaria ante los tribunales enseña que el trabajador no acepta la conciliación al pretender obtener la totalidad de sus pretensiones; el empleador, ante la expectativa de agotar toda la maquinaria jurisdiccional y con un entero propósito de reducir mentalmente la tenacidad de la parte demandante, tomando en cuenta los recursos exigüos de quien lo emplazó ante los jueces.

No puede haber un proceso de tutela de derechos fundamentales sí, atendiendo a las particularidades antes advertidas, no se cambia el enfoque clásico de llevar a conciliación y luego a juicio a las partes.

De mantenerlo así, se perdería la oportunidad de que el proceso de protección de derechos fundamentales sea la vía igualmente satisfactoria que siempre se ha buscado al interior de los procesos laborales. Se trata de una propuesta de tutela diferenciada, similar a la del amparo. La idea es evitar que un diseño ritualista termine generando la sobrecarga (Gómez Guevara, 2020, pp. 150-151) de este mecanismo constitucional laboral distinto del amparo.

Del mismo modo, para hablar de un proceso de tutela de derechos fundamentales, no debería ser obligatorio acudir a la Corte Suprema de Justicia de la República mediante la casación.

Esto dado que, dada su calidad nomofiláctica, es una herramienta histórica de tutela de la ley (Bonilla Del Castillo, 2023, p. 122) lo que no coincide con el enfoque del proceso de tutela de derechos fundamentales —planteado en la propuesta de Código Procesal del Trabajo— que analiza el actuar del empleador, público y privado, en términos de su conformidad o no con la Constitución. Recordemos que dicho órgano judicial nació histórica y sociológicamente para respetar el espíritu de la ley, propia de la Revolución Francesa —aunque la literatura científica ha identificado su potencial origen anglosajón (Nieva Fenoll, 2020)—, en un contexto de limitación de los jueces venales y no profesionalizados del Antiguo Régimen.

La tutela de los derechos fundamentales, históricamente distante en el tiempo, tiene otro enfoque de mayor riqueza cultural en el ámbito de las relaciones laborales.

La casación, como técnica procesal, no está dentro del derecho fundamental a la pluralidad de grados ante los jueces. Se limita, como se ha dicho, a ser un tribunal político que defiende la aplicación de la ley. A tal escenario se adiciona el que la literatura científica precisa que su acceso no está alineado a ningún derecho fundamental (Quispe Montesinos, 2023, p. 232).

Por los argumentos antes desarrollados, desde la posición del autor, este tipo de procesos deberían concluir en segundo grado ante los tribunales laborales. La práctica demuestra que la casación en el Perú es una herramienta usada, de manera dilatoria, por los vencidos —normalmente los empleadores o la autoridad

administrativa, esta última cuando acude al contencioso-administrativo— para alargar un juicio que la propia experiencia enseña tener altas probabilidades de ser amparado judicialmente. Incluso esto ocurre en casos en los que hay una marcada doctrina jurisprudencial, precedentes o principios jurisprudenciales al efecto. Por otro lado, la propia estructura lingüística de las casaciones resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la República en el Perú no es idónea para solucionar este tipo de controversias; su enfoque responde a criterios de legalidad ordinaria —mantenidos desde la Revolución de 1789 hasta ahora— que son contrarios al enfoque de tutela de derechos fundamentales.

La prescindencia de la casación, dentro de la reforma propuesta en la presente investigación respecto de la propuesta legislativa analizada, no tendría impacto negativo en este tipo de proceso tuitivo ya que se trata de una técnica extraña a la tutela de los derechos fundamentales. La predictibilidad ya no se alcanza —como históricamente se pensaba— en arribar a un órgano judicial máximo y último. Hoy, es posible alcanzarla cuando la interpretación adquiere una línea de razonamiento consolidada en la protección de derechos y en la actuación conforme a la Constitución. Se suma la legitimidad ciudadana, que diversos tribunales van adquiriendo frente al ojo público, lo que se refuerza con la emisión de precedentes o principios jurisprudenciales que contribuyen a afinar el trabajo de los tribunales.

Descartada la casación, debería establecerse que obligatoriamente la resolución de controversias en primer y segundo grados en el proceso de tutela de derechos fundamentales se efectúe de acuerdo a los precedentes del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia de la República en cuanto optimicen los derechos fundamentales debatidos. Dicha prédica no cierra espacio a la interpretación convencional de los derechos fundamentales de acuerdo a la posición de Díaz Colchado (2022, p. 6). Se cerrarían filas frente a precedentes inconstitucionales o con inconstitucionalidad sobrevenida así como a la clásica fórmula de la motivación de la variación del criterio del director del proceso.

Esta última no es bienvenida aquí.

Tal postura, en toda su extensión, llevaría a descartar posiciones contradictorias de los tribunales que perjudiquen a quien requiere justicia de los jueces.

Finalmente, el autor considera que estos ajustes a la propuesta del proceso de tutela de derechos fundamentales son determinantes para llegar a hablar, con propiedad, de una vía igualmente satisfactoria en el plano de la protección del trabajador.

4. Conclusiones

La protección del trabajador en el espacio de sus derechos fundamentales, tanto específicos como inespecíficos, se ha calificado como idónea desde la regulación constitucional en el Perú.

Históricamente, se ha entendido que el proceso laboral carecía de los datos esenciales que le hubieran permitido demostrar la idoneidad de sus decisiones. Es así que, desde la práctica, se generó el amparo laboral como una herramienta que, partiendo del diseño de los códigos procesales constitucionales, se abrió camino frente a tal falencia motivando la generación, a través del Tribunal Constitucional del Perú, de importantes veredictos a favor de la parte débil de las relaciones laborales. Desde una perspectiva sociológica, basada en la legitimidad ciudadana del Tribunal Constitucional del Perú al enfrentarse al poder político, ello generó una alta expectativa de encontrar justicia fuera de escenarios comunes, como los del proceso laboral. Tal contexto llevó al uso sobredimensionado del amparo como proceso constitucional. Es así que desde el 2005 hacia adelante se han generado diversos precedentes reduciendo la posibilidad de encontrar tutela en sede de la jurisdicción constitucional.

Ante este nuevo escenario, se abrió paso la necesidad de regular un proceso laboral abreviado, como vía igualmente satisfactoria, que llene el vacío legislativo dejado por la denominada «residualidad de los procesos constitucionales».

No obstante, en base a las experiencias foráneas, se viene auspiciando la recepción de un Código Procesal del Trabajo que canalice las pretensiones que, desde la ley y la jurisprudencia, han sido tradicionalmente resueltas por el amparo constitucional. Teniendo en cuenta las variadas decisiones judiciales sobre los derechos específicos e inespecíficos en el ámbito laboral, se abre espacio a la propuesta de un proceso de tutela de derechos fundamentales. Es así que el autor de la presente investigación identifica que la propuesta de este proceso reclama la participación dinámica de los

diversos actores del proceso, empezando por los abogados, quienes deben orientarse a depurar la información para delimitar el conflicto judicial en términos constitucionales.

Por ello, plantea la necesidad de desarrollar un formulario que contribuya a delimitar los alcances del conflicto laboral desde un enfoque de conformidad o no con la Constitución.

Por otra parte, rechaza la proposición de la audiencia de conciliación dado que se trata de derechos fundamentales que no pueden quedar sometidos a formalismos procesales. Por último, descarta el uso de la casación atendiendo a que esta técnica es incompatible con la eficacia de los derechos fundamentales. En este último aspecto, recomienda que este tipo de procesos queden fijados en segundo grado quedando sujetos a una interpretación tuitiva, más aún si la Corte Suprema no constituye un grado judicial en sentido estricto.

Bibliografía

- ÁVALOS JARA, O. V. (2017). *El amparo laboral: recuento y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional emanados del proceso de amparo*. Lima: Jurista Editores.
- CARINCI, M. T. (2019). El rediseño constitucional de la tutela contra el despido individual en Italia. *Trabajo y Derecho*, 2019(60), 14-30.
- DE LAMA LAURA, M. G. (2010). El nuevo proceso laboral abreviado como vía igualmente satisfactoria en relación al amparo. Bondades y algunos apuntes para su consolidación. *IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 157-168). Lima: SPDTSS.
- QUISPE MONTESINOS, C. A. (2024). Observaciones y comentarios al proyecto de código procesal del trabajo. *Laborem*, 23(30), 23-50.

Recursos electrónicos

- ARCE ORTIZ, E. (2012). La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma. *Derecho PUCP*, (68), 435-448. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.0160>
- BONILLA DEL CASTILLO, J. L. (2023). Las nuevas causales de casación en materia laboral. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 6(7), 109-153. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v6i7.742>
- CIRIACO BELLIDO, C. (2019). Inconvenientes prácticos en la aplicación automática del precedente Huatuco. Comentarios a la STC Exp. n.º 01526-2017-PA/TC. *Gaceta Constitucional*, 142, 205-211. <https://goo.su/CiYdXY>
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. (2012). El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y relaciones con las Cortes*, 66(2142). <https://n9.cl/wurfs>
- DÍAZ COLCHADO, J. C. (2022). Fuentes del Derecho y precedentes constitucionales: encuentros y desencuentros en el sistema de justicia del Perú. *Derecho & Sociedad*, (58), 1-20. <https://doi.org/10.18800/dys.202201.005>
- ESPINOZA MONTOYA, C. L. (2023). Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y derecho a la ejecución de sentencias firmes en la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 6(7), 229-259. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v6i7.767>
- FERRADA BÓRQUEZ, J. C., & WALTER DÍAZ, R. (2011). La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24(2), 91-111. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200004>
- FLORES ALANOCA, J. Á. (2024). Competencia por materia de los juzgados de paz letrado laboral. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 7(9), 211-229. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v7i9.952>
- GÓMEZ GUEVARA, A. M. (2020). Indefensión y sobrecarga procesal en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 1(1), 131-155. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v1i1.7>

- JAIMES REÁTEGUI, S. (2022). Reflexiones sobre el despido en el Perú en el Bicentenario. *Ius Vocatio*, 5(5), 31-45. <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v5i5.608>
- LIZA CASTILLO, L. M. (2021). El V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y las innovaciones en los casos de despido incausado y fraudulento. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(16), 147-173. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i16.382>
- MURANO, G. (2021). Derechos fundamentales del trabajo: el principio protectorio y la no discriminación. *Derechos en Acción*, 20(20), 540-540. <https://doi.org/10.24215/25251678e540>
- NEYRA SALAZAR, J. M. (2024). Apuntes sobre el derecho del trabajo, el contrato de trabajo y el despido en el régimen laboral privado. *Derecho*, 13(13), 113-155. <https://doi.org/10.47796/derecho.v13i13.908>
- NIEVA FENOLL, J. (2020). El origen inglés de la casación francesa. *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, (1), 83-100. <https://n9.cl/xab6b>
- OJEDA QUIROZ, C. D. (2022). «Bartleby en la sociedad del cansancio. Sobre cómo el uso irracional de la tecnología puede deshumanizar al trabajador». *Laborem*, 19(26), 171-186. <https://doi.org/10.56932/laborem.19.26.8>
- ORTEGA CAMPOS, G. A. (2019). La vulneración de los derechos fundamentales en los procesos laborales abreviados. *Ius Vocatio*, 2(2), 43-69. <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v2i2.486>
- OSORIO VÉLIZ, R. V., & CASTILLO FUENTES, D. (2015). La vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo: implicancias del precedente Elgo Ríos en la pretensión de reposición de trabajadores del sector privado. *Ius et Veritas*, 24(51), 314-324. <https://n9.cl/wxz78>
- PAITÁN MARTÍNEZ, J. (2021). La nueva Ley Procesal del Trabajo y la problemática delimitación de seguridad social: ¿por una justicia laboral omnicomprensiva o por una justicia de seguridad social especializada? *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 4(4), 31-54. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v4i4.3>
- PALOMINO MANCHEGO, J. F. (2012). La primera sentencia de amparo en México. (Un antecedente de historia constitucional). *Revista Oficial del Poder Judicial*, 7(8/9), 335-343. <https://doi.org/10.35292/ropj.v7i8/9.288>

- QUISPE MONTESINOS, C. A. (2023). Balance del proceso laboral a trece años de vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 6(8), 215-248. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v6i8.760>
- ROSAS TORRES, D. E. (2019). ¿ Es el proceso abreviado laboral en la NLPT una vía igual de satisfactoria que el proceso de amparo? Un análisis desde la perspectiva cetética en caso de un despido masivo de afiliados o dirigentes sindicales. *NLPT*, 1(1), 19-27. <https://n9.cl/u8wyf>
- SÁNCHEZ MATOS, A. C. (2020). La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en la Ley procesal del Trabajo: la necesidad de implementar un proceso especial de tutela. Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. PUCP. Repositorio Institucional. <https://n9.cl/a8zd4>
- UGARTE CATALDO, J. L. (2007). Protección de los derechos fundamentales y del derecho laboral: del erizo al zorro. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(2), 49-67. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200003>
- UGARTE CATALDO, J. L. (2009). Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (33), 215-228. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200005>.

Cómo citar: Huamán Ordóñez, L. A. (2026). El proceso de tutela de derechos fundamentales en la propuesta del Código Procesal de Trabajo: ¿sustituye al amparo laboral como vía igualmente satisfactoria en el Perú?. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 7(18), 21-42.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

ARTÍCULOS

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

The application of brazilian labor law to maritime workers on cruise ships

Fecha de envío: 12/01/2026 – Fecha de aceptación: 09/03/2026

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Instituto Federal do Rio Grande do Norte

rocconelson@hotmail.com

RESUMEN: O presente estudo trata de uma análise dogmática das questões fático-jurídicas dos marítimos em navios de cruzeiros. A escolha do tema se justifica diante da busca por implementar o trabalho decente como oitavo objetivo de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. A pesquisa em tela se utiliza de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, em que se analisa a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tendo por desiderato verificar qual a lei trabalhista que se deve aplicar ao trabalhador marítimo brasileiro de navios cruzeiros.

PALABRAS CLAVE: tripulantes de cruzeiros marítimos, relação de trabalho plurilocalizada, aplicação da lei no espaço, lei do pavilhão, princípio do centro de gravidade

ABSTRACT: This study presents a dogmatic analysis of the factual and legal issues of seafarers on cruise ships. The choice of topic is justified by the pursuit of implementing decent work as the eighth sustainable development goal of the 2030 Agenda. The research employs a qualitative analysis methodology, using hypothetical-deductive methods of a descriptive and analytical nature, adopting bibliographic and documentary research techniques, analyzing legislation, doctrine, and jurisprudence, with the aim of determining which labor law should apply to Brazilian maritime workers on cruise ships.

KEYWORDS: cruise ship crew members, multi-site employment relationship, application of law in space, law of the flag, principle of the center of gravity

1. Introdução¹

O valor social do trabalho constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV da CF/88), apresentando-se o trabalho como forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88) e fundamento da ordem econômica (art. 170 da CF/88), além de ser o primado da ordem social (art. 193 da CF/88), o que desvela o trabalho como um direito humano fundamental.

O presente ensaio versa sobre a temática do conflito de normas trabalhistas no espaço, especificamente em relação aos contratos de trabalho de marítimos de navios de cruzeiro.

A escolha da temática justifica-se pelo fato de constituir-se como oitavo objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 a busca pela promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos. Constitui a meta 8.8 “Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários”.

¹ Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Direito ao Trabalho Decente”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

A questão-problema perpassa por determinar qual o conjunto de normas trabalhistas a se aplicar na relação de trabalho do marítimo de navios de cruzeiro, principalmente, em face da prática corrente da “bandeira de conveniência”?

Em face do exposto, a pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de abordagem qualitativa, usando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, na qual se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato propor uma solução jurídica ao fato transnacional quanto à normativa jurídica a ser aplicada ao trabalhador marítimo de navios cruzeiros.

Para tanto, o presente ensaio se estruturará da seguinte maneira: algumas definições que abarcam a figura do trabalhador marítimo, do aquaviário, do tripulante, do navio e das embarcações, e do cruzeiro; a legislação internacional referente à temática; doravante, é abordada a prática do regime aberto de matrícula de embarcações, denominada “bandeira de conveniência”; em seguida, versa-se sobre a tese quanto à aplicação da legislação mais benéfica ao trabalhador marítimo brasileiro em navios de cruzeiro; e, por fim, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) quanto ao tema-problema.

2. Algumas definições

A definição de trabalhador marítimo encontra-se prescrito no art. 1º, I, do Regulamento de Segurança do Tráfego Aquaviário em Águas sob Jurisdição Nacional, que consta no anexo do Decreto nº 2.596/98, com a seguinte redação: “tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação em mar aberto, apoio marítimo, apoio portuário e para a navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas”.

Note-se que o trabalhador marítimo constitui em uma espécie de aquaviário, da qual fazem parte, também, os fluviários, pescadores, mergulhadores, práticos, agentes de manobra e docagem.²

Já o Decreto nº 6.968/09, que dispõe sobre a execução no território nacional da Convenção nº 166 da OIT (trata da repatriação de trabalhadores marítimos), no art. 1º,

² Art. 1º do Regulamento de Segurança do Tráfego Aquaviário em Águas sob Jurisdição Nacional.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

§1º, parte final, define o marítimo como “todo trabalhador certificado pela Autoridade Marítima para operar embarcações em caráter profissional ou todas as pessoas empregadas, com qualquer cargo, a bordo de navio dedicado à navegação marítima comercial”.

Nos termos da Convenção do Trabalho Marítimo de nº 186 (MLC), no artigo II, parágrafo 1, “f”, define a figura do agente do mar como “qualquer pessoa empregada ou contratada ou que trabalha a bordo de um navio ao qual esta Convenção se aplica”. Em contrapartida, o armador seria a “pessoa física ou jurídica responsável pelos contratos de trabalho dos trabalhadores marítimos”.³ No âmbito da Lei nº 9.537/97,⁴ no art. 2º, III, o armador é definido como “pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta”.⁵

Em síntese, o trabalhador marítimo é uma espécie de aquaviário, certificado pela Autoridade Marítima, que labora a bordo de embarcação da marinha mercante, sendo contratado pela figura do armador, o qual detém a responsabilidade da embarcação quanto à gestão náutica, podendo ser proprietário ou não.

Aquele que exerce suas funções embarcado é o denominado tripulante.⁶ Enquanto isso, o não tripulante é “todo aquele que, sem exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação, presta serviços eventuais a bordo”,⁷ de tal sorte, não são considerados tripulantes os artistas de forma geral (v.g., cantores (as), atores/atrizes,

³ Art. 1º, §1º, primeira parte do Decreto nº 6.968/09.

⁴ É também denominado de Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário – LESTA.

⁵ “Considera-se armador (owner) o empresário individual (pessoa física) ou sociedade empresária (pessoa jurídica) que procede a armação da embarcação de sua propriedade ou não e a explora comercialmente. Efetivamente, armador é a pessoa física ou jurídica que exerce a titularidade da função náutica ou da empresa naval.

(...). Armar um navio é aprestá-lo, colocando-o no estado de navegabilidade (*seaworthiness* e *cargoworthiness*)”. (MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 303)

⁶ Art. 2º, XX, Lei nº 9.537/97.

⁷ Art. 2º, XVI, da Lei nº 9.537/97.

comediantes, etc), passageiros, trabalhadores de estaleiros, trabalhadores portuários,⁸ petroleiros.⁹

A bordo do navio o trabalhador marítimo fica subordinado ao comandante (preposto do armador).¹⁰

O navio pode ser definido como uma espécie de embarcação destinada ao transporte de passageiros e/ou mercadorias, a qual possui capacidade para se deslocar em alto mar (navegação de longo curso).^{11,12}

⁸ Convenção 186 da OIT. Artigo II.1. (...): j) armador – significa o proprietário do navio ou outra organização ou pessoa, como o gerente, agente ou afretador a casco nu, que houver assumido a responsabilidade pela operação do navio em lugar do proprietário e que, ao assumir tal responsabilidade, se comprometeu a arcar com os deveres e responsabilidades cabíveis a armadores em virtude da presente Convenção, independentemente do fato de outra organização ou pessoa cumprir certos deveres ou responsabilidades em nome do armador.

⁹ Cf. BELMONTE, Alexandre Agra. As relações de trabalho nos cruzeiros marítimos. In: Revista do TST, São Paulo, vol. 84, n° 4, out/dez 2018, p. 23.

¹⁰ Lei n° 9.537/97. Art. 9° Todas as pessoas a bordo estão sujeitas à autoridade do Comandante.

¹¹ Lei n° 9.537/97. Art. 2°. (...): V – Embarcação – qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita a inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas;
(...)

Convenção 186 da OIT. Artigo II.1. (...): i) navio – significa embarcação outra que não navegue exclusivamente em águas interiores ou em águas dentro de ou adjacentes a águas abrigadas ou áreas onde se aplicam os regulamentos portuários;
(...)

Decreto n° 5.016/04

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

Artigo 3

Para efeitos do presente Protocolo:

(...)

d) O termo "navio" significa todo o tipo de embarcação, incluindo embarcações sem calado e hidroaviões, utilizados ou que possam ser utilizados como meio de transporte sobre a água, com exceção dos vasos de guerra, navios auxiliares da armada ou outras embarcações pertencentes a um Governo ou por ele exploradas, desde que sejam utilizadas exclusivamente por um serviço público não comercial.

¹² “Os tribunais superiores entendem que o termo “navio” deve ser traduzido de modo que somente seja tida por competente a Justiça Federal para o julgamento dos crimes cometidos em embarcação se for esse cometido em embarcações de grande calado, usadas em grandes viagens. (...)”. (BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 15° ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025, p.210). “Há que se entender que a expressão navios compreende apenas as embarcações de grande porte que estão em alto-mar e sujeitas à lei brasileira. (...)”. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 30° ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023, p. 305)

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de
cruzeiro

O cruzeiro é definido como um programa de turismo, no qual é realizada a “prestação de serviços conjugados de transporte, hospedagem, alimentação, entretenimento, visitação de locais turísticos e serviços afins” em embarcações, podendo ser marítimo ou fluvial, nos termos do art. 39 do Decreto nº 7.381/10 (regulamenta a lei que institui a Política Nacional de Turismo). O cruzeiro pode ser de cabotagem, internacional, de longo curso ou misto.¹³

A navegação de cabotagem encontra-se definida no art. 2º, IX, da Lei nº 9.432/97, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, sendo a navegação em que se “realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores”.

(...) é a que procede entre portos brasileiros, ocorrendo em águas oceânicas e mantendo-se dentro dos limites do mar territorial, isto é, na faixa de duzentas milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha do baixo-mar do litoral continental e insular brasileiro.¹⁴

É curial explicitar que pela prescrição dada pelo constituinte originário a navegação de cabotagem era restrita exclusivamente a embarcações nacionais. Somente com a Emenda Constitucional nº 07/95, o novo enunciado constitucional ensejou a construção normativa que permitiu a possibilidade do transporte de cabotagem por embarcações estrangeiras conforme disposição legal, pondo fim à regra constitucional protecionista.¹⁵ *In verbis*:

¹³ Decreto nº 7.381/10. Art. 39. (...).

Parágrafo único. Para todos os efeitos legais e regulamentares, os cruzeiros marítimos e fluviais são classificados nas seguintes categorias:

I – de cabotagem: aquele entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima, ou esta e as vias navegáveis interiores;

II – internacional: aquele cuja viagem tem início e término em qualquer porto estrangeiro;

III – de longo curso: aquele realizado entre portos brasileiros e estrangeiros; e

IV – misto: aquele cuja viagem tem início e término em porto nacional, com trânsito em portos e pontos nacionais e portos estrangeiros.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 16º ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023, p. 1356.

¹⁵ “As alterações acabaram por eliminar do texto constitucional a distinção entre capital nacional e estrangeiro. E essa mesma lógica orientou a EC nº 7/1995, que alterou a redação do art. 178 para eliminar a vedação a que embarcações estrangeiras atuem na navegação de cabotagem e interior, desde que

Constituição Federal

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

A ordenação do transporte aquaviário ocorreu por meio da Lei nº 9.432/97. Sucessivamente, por meio da Lei nº 14.301/22, tem-se a instituição do Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem (BR do Mar). Os referidos corpos legislativos foram regulamentados pelo Decreto nº 12.555/25.¹⁶

3. Legislação internacional pertinente

Em sede de Organização Internacional do Trabalho (OIT), podem-se elencar mais de três dezenas de convenções que tratam sobre o trabalhador marítimo, o que desvela, pelo quantitativo, a importância quanto a matéria. Todavia, deve-se advertir que todas as convenções foram consolidadas na Convenção do Trabalho Marítimo de nº 186 (MLC), de 2006, a qual teve por desiderato unificar as diversas dimensões referente ao trabalhador marítimo em uma única convenção.

cumpridas as exigências legais pertinentes. Na linha do que já previa o caput do art. 5º da Carta, ficou bastante reforçado o princípio geral da igualdade de tratamento, também na ordem econômica". (BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 506)

¹⁶ Dispõe sobre as regras, os critérios e os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, para a implementação, a habilitação, a execução e o monitoramento do Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem – BR do Mar, de que trata a Lei nº 14.301, de 7 de janeiro de 2022, e regulamenta disposições da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, e da Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de
cruzeiro

Para fins de registro, elencam-se as 36 Convenções e 1 Protocolo da OIT sobre os marítimos, anteriores à Convenção nº 186: Idade Mínima (Marítima), 1920 (nº 7); Indenização por Desemprego (Naufrágio), 1920 (nº 8); Alocação de Marinheiros, 1920 (nº 9); Exame Médico de Jovens (Marítimos), 1921 (nº 16); Artigos de Acordo dos Marinheiros, 1926 (nº 22); Repatriação de Marinheiros, 1926 (nº 23); Certificados de Competência de Oficiais, 1936 (nº 53); Férias Remuneradas (Marítimas), 1936 (nº 54); Responsabilidade dos Armadores (Marinheiros Doentes e Feridos), 1936 (n.º 55); Seguro de Doença (Marítimo), 1936 (nº 56); Horário de Trabalho e Tripulação (Marítima), 1936 (nº 57); Idade Mínima (Marítima) (Revisada), 1936 (nº 58); Convenção de Alimentação e Catering (Tripulações de Navios), 1946 (nº 68); Certificação da Convenção de Cozinheiros de Navios, 1946 (nº 69); Segurança Social (Marítimos), 1946 (n.º 70); Férias Remuneradas (Marítimos), 1946 (nº 72); Exame Médico (Marítimos), 1946 (nº 73); Convenção de Certificação de Marinheiros de Primeira Classe, 1946 (nº 74); Acomodação de Tripulações, 1946 (nº 75); Salários, Horário de Trabalho e Tripulação (Marítima), 1946 (nº 76); Férias Remuneradas (Marítimos) (Revisada), 1949 (nº 91); Acomodação de Tripulações (Revisada), 1949 (nº 92); Salários, Horário de Trabalho e Tripulação (Marítima) (Revisada), 1949 (nº 93); Salários, Horário de Trabalho e Tripulação (Marítima) (Revisada), 1958 (nº 109); Alojamento de Tripulações (Disposições Suplementares), 1970 (n.º 133); Prevenção de Acidentes (Marítimos), 1970 (n.º 134); Continuidade do Emprego (Marítimos), 1976 (n.º 145); as férias anuais remuneradas dos marítimos, 1976 (n.º 146); Marinha Mercante (Normas Mínimas), 1976 (nº 147); Protocolo de 1996 à Marinha Mercante (Normas Mínimas), de 1976 (n.º 147); Bem-Estar dos Marítimos, 1987 (nº 163); Proteção da Saúde e Assistência Médica (Marítimos), 1987 (nº 164); Segurança Social (Marítimos) (Revisada), 1987 (nº 165); Repatriação de Marítimos (Revisada), 1987 (nº 166); Inspeção do Trabalho (Marítimos), 1996 (nº 178); Recrutamento e Colocação de Marítimos, 1996 (n.º 179); Horário de Trabalho dos Marítimos e a Tripulação dos Navios, 1996 (nº 180). Destaca-se que a Convenção nº 186 da OIT, de 7 de fevereiro de 2006, foi ratificada pelo Brasil, tendo sido depositado seu instrumento de ratificação na OIT, em 07 de maio de 2020, sendo promulgada pelo Decreto nº 10.672, de 09 de abril de 2021. Contudo, entrou em vigor, no Brasil, apenas, em 07 de maio de 2021, conforme o artigo VIII, parágrafo 3 da Convenção.

É importante realçar que, a partir de decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário (RE nº 466.343/SP), ao tratar da prisão civil do depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII e sua análise à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados com o quórum de 3/5, em dois turnos, em cada casa do Congresso (procedimento respectivo às emendas constitucionais) portam status normativo de supralegalidade. Ou seja, estão acima da lei ordinária e abaixo da norma constitucional.

Assim, a Convenção nº 186 ratificada pelo Brasil, alhures ventilada, possui status de norma supralegal, conforme a jurisprudência do STF.

Em sede de sistema onusiano, pode-se explicitar a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay, em 10 de dezembro de 1982, a qual foi promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995, tendo a Convenção entrado em vigor, no Brasil, em 16 de novembro de 1994.

Cabe mencionar a existência da Convenção sobre o Alto Mar (*Convention on the High Seas*), das Nações Unidas, de 1958. Essa Convenção não foi ratificada pelo Brasil e tem hoje uma função residual em face da Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982.

4. Da bandeira de conveniência

O navio tem natureza de um bem móvel “especial” ou *sui generis*¹⁷ (são bens móveis por natureza,¹⁸ todavia a legislação brasileira lhes imputa um status de bem imóvel para fins exclusivamente de hipoteca,¹⁹ espécie de garantia real, havendo regramento

¹⁷ Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 125.

¹⁸ “Móveis por natureza são as coisas corpóreas suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia sem alteração da substância ou da destinação econômico-social deles (CC, art. 82), com exceção das que acedem aos imóveis; (...)”. (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 41º ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024, p. 378. Vol. 1)

¹⁹ Código Civil. Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca:

(...)

VI – os navios;

(...)

§ 1º A hipoteca dos navios e das aeronaves rege-se-á pelo disposto em lei especial.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

específico quando da hipoteca naval),²⁰ cuja nacionalidade (um dos elementos para sua caracterização) será a da nacionalidade do Estado em que for registrado,²¹ o que lhe outorga o direito de arvorar a bandeira do respectivo Estado de registro.

O registro constitui-se em ato administrativo para conferir nacionalidade à embarcação, devendo, para tanto, atender aos requisitos fixados em lei de cada Estado, o que confere uma plêiade de critérios diversos.

Essencialmente, há dois tipos de categorização dos registros de embarcações: o nacional e o aberto.

O critério de registro nacional imputa a exigência de um real vínculo entre o navio e o Estado de registro para reconhecimento de sua nacionalidade. De tal maneira, isso atribui ao Estado o poder de efetivo controle dos navios registrados da mesma forma que o faz em seu território, mantendo-os, assim, atrelados aos direitos e deveres imputados em sua legislação.²²

Destaca-se que o ato de arvorar uma bandeira vincula a embarcação ao espectro de atuação da soberania de um determinado Estado. Em suma, o arvoreamento da bandeira é impregnado de uma carga jurídica extremamente elevada a denotar qual o ordenamento jurídico aquela embarcação encontra-se vinculada.²³

Há diversos critérios com o fito de tentar firmar o efetivo vínculo da embarcação com determinado Estado. O critério do local da construção (faz o registro da embarcação

(...)

²⁰ “A inscrição da hipoteca sobre navio será feita no porto de matrícula. O instrumento deve ter forma pública, se faz mediante a prova de propriedade da coisa, devendo ser lavrada nos ofícios privativos de atos de direito marítimo. Compete ao Tribunal Marítimo manter o registro da hipoteca naval. O art. 825 permitia a hipoteca de navios ainda em construção, como aqui já observamos. A hipoteca confere direito real ao credor de excuti-lo onde se encontrar o navio e contra qualquer pessoa que o detenha. Aplicam-se os princípios gerais do instituto. A Lei nº 7.652/88 regula atualmente a hipoteca naval”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Direitos Reais. 26º ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025, p. 524. Vol. 4)

²¹ Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 155.

²² Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 156.

²³ Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Artigo 92

Estatuto dos navios

1. Os navios devem navegar sob a bandeira de um só Estado e, salvo nos casos excepcionais previstos expressamente em tratados internacionais ou na presente Convenção, devem submeter-se, no alto mar, à jurisdição exclusiva desse Estado. (...)

efetivamente construída naquele Estado – *v.g.*, USA); o critério da propriedade (dar-se o registro em face de o proprietário da embarcação ser um nacional – *v.g.*, Alemanha); o critério da nacionalidade da tripulação (registra-se se a equipagem do navio for composta por uma determinada porcentagem de nacionais – *v.g.*, Chile); e o critério misto (diversidade de requisitos), o qual é adotado no Brasil,²⁴ tendo elo firmado em face do Estado brasileiro a propriedade da embarcação de nacional ou empresa brasileira, o afretamento de casco nu por empresa brasileira, e a exigência de que o comandante, o chefe de máquinas e 2/3 da tripulação sejam necessariamente brasileiros.²⁵

No que tange ao regime aberto, para fins de registro de navios, tem-se um contexto no qual inexistente vínculo com o Estado ou existem exigências módicas para fins de registro. É nesta senda que se tem a figura do segundo registro²⁶ e dos registros de bandeira de conveniência (registros independentes/complacência/de favor/ pavilhão de conveniência).

A figura da bandeira de conveniência, a qual está ligada ao objeto do presente ensaio, perpassa pela ideia da inexistência de vínculo substancial com o Estado de sorte a permitir que qualquer embarcação por mera conveniência possa registrar (matricular) em um determinado Estado. Esta “mera conveniência” está associada diretamente à redução de encargos tributários e trabalhistas, bem como à menor fiscalização e controle sobre a embarcação.²⁷

A bandeira de conveniência é assim definida pela doutrina:

²⁴ Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 157.

²⁵ Arts. 3º e 4º da Lei nº 9.432/97.

²⁶ “O segundo registro foi criado em alguns países com o propósito de resguardar a sua frota mercante e oferecer vantagens similares às bandeiras de conveniência. Esse tipo de registro geralmente é concedido por países com registro nacional a navios de sua nacionalidade ou de outras, auferindo vantagens similares às concedidas por bandeiras de conveniência.

(...)

(...). Todavia, a adoção de segundo registro não consagra a dupla nacionalidade. O registro inicial, isto é, o primeiro registro da propriedade marítima será suspenso e o navio passará a integrar a frota mercante do Estado de segundo registro”. (MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 164-165).

²⁷ Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 158.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de
cruzeiro

Functionally, a "flag of convenience" can be defined as the flag of any country allowing the registration of foreign-owned and foreign-controlled vessels under conditions which, for whatever the reasons, are convenient and opportune for the persons who are registering the vessels. (...) ²⁸

Os registros abertos de bandeira de conveniência caracterizam-se usualmente por oferecerem total facilidade para registro, incentivos de ordem fiscal e não imposição de vínculo substancial entre o Estado de Registro e o navio. ²⁹

A bandeira de conveniência é o registro de navio em país para reduzir o pagamento de tributos, custos de tripulantes, segurança e manutenção do navio. (...) ³⁰

Constata-se, no seio da Convenção sobre o Alto Mar (*Convention on the High Seas*), das Nações Unidas, de 1958, disposição prescritiva vedando a prática da "bandeira de conveniência". Essencialmente imputa o dever de vínculo genuíno entre o Estado e o navio de sorte que haja efetivo controle do Estado em relação ao navio no que tange às dimensões técnica, administrava e social. *In verbis*:

Article 5

1. Each State shall fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag. Ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly. ***There must exist a genuine link between the State and the ship; in particular, the State must effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag.***

2. Each State shall issue to ships to which it has granted the right to fly its flag documents to that effect. (Grifos nossos)

²⁸ BOCZEK, Boleslaw Adam. *Flags of Convenience: An International Legal Study*. Cambridge: Harvard University Press, 1962, p. 02.

²⁹ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral*. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 158.

³⁰ CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência: Possibilidades de Regulação*. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de (Coord.). *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 594.

No mesmo sentido são as prescrições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, quanto à necessidade de vínculo substancial:

Artigo 91

Nacionalidade dos navios

1. Todo estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. ***Os navios possuem a nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. Deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio.***

(...) (Grifos nossos)

Importa explicitar que a prática da bandeira de conveniência é algo que não surgiu na contemporaneidade. Há relatos dessa prática na Idade Antiga, em que as embarcações adotavam novos registros com o fito de evitar ataques decorrente de guerra. Percebe-se um retorno desta prática no início do século XX, quando países de terceiro mundo viabilizaram registros abertos para fins de arrecadação. Navios americanos buscaram se matricular no Panamá com o fim de escapar das restrições decorrentes da Lei Seca.³¹

Já no período da 2ª Guerra Mundial e da Guerra Civil na Grécia, tem-se, a generalização desta prática. Após a 2ª Guerra Mundial, há a intensificação desse tipo de conduta, devido à colocação à venda, pelos USA, de uma grande quantidade de cargueiros construídos durante a guerra. Os armadores americanos tinham interesse em evitar o sindicato dos marítimos dos Estados Unidos que possuíam poder de barganha para impor altos salários e benefícios. Enquanto isso, os armadores gregos (a Grécia detinha a maior frota mercante do mundo), possuíam receio de que o Estado passasse a ter um governo de índole socialista e que isso acarretasse a expropriação dos navios.³²

³¹ Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 159.

³² Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4º ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 159.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

Constata-se, também, que após a 2ª Guerra Mundial a questão da bandeira de conveniência foi incentivada pela conversão de navios bélicos com fins mercantes, os quais eram obsoletos e perigosos para esses fins, todavia, acabaram sendo reutilizados com a viabilidade do regime aberto.³³

Em um contexto de economia globalizada em que se afere um processo de planificação do globo em face do desenvolvimento tecnológico (robotização, microeletrônica, microinformática, hiperconectividade gerada pela internet,³⁴ etc.), no qual a dimensão concorrencial não é mais local, mas sim global, e com o fito de buscar uma vantagem concorrencial tem-se o ambiente propício para induzir e impulsionar a prática dos registros abertos.

A adoção do regime aberto para viabilizar bandeira de conveniência tem como Estados em destaque: Panamá, Libéria, Honduras, Costa Rica, Bahamas, Bermudas, Cingapura, Filipinas, Malta, Antígua, Aruba, Barbados, Belize, Bolívia, Birmânia, Camboja, Ilhas Canárias, Ilhas Cayman, Ilhas Cook, Guiné Equatorial, Gibraltar, Líbano, Luxemburgo, Ilhas Marshall, Maurício, Antilhas Holandesas, San Vicente, Santo Tomé e Príncipe, Sri Lanka, Tuvalu, Vanuatu, Chipre. Hoje, o Panamá e Honduras são os países como as maiores frotas mercantes do mundo.³⁵

³³ Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4ª ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 159.

³⁴ “Se a Terra Plana 1.0 girava em torno de produzir mercadorias e serviços nessa nova plataforma global, a Terra Plana 2.0 gira em torno de tudo isso – mas também de gerar e compartilhar ideias nessa plataforma. Como Craig Mundie, superintendente de Estratégia e Pesquisa da Microsoft, nos disse, o que o PC, a internet e os mecanismos de busca fizeram para as páginas da web ‘foi permitir que qualquer pessoa com conectividade achasse qualquer coisa que lhe interessasse’, e o que o pc, o smartphone, a internet e o Facebook estão fazendo ‘é permitir que qualquer um ache qualquer pessoa’ que lhe interesse – ou ao menos qualquer dos 500 milhões de pessoas que já usam as redes sociais. Elas podem encontrar qualquer um que compartilhe seu interesse especial em tricô, culinária etíope, os New York Yankees, crianças com síndrome de Down, pesquisas sobre câncer, lançar uma jihad contra os Estados Unidos ou derrubar o governo do Egito, da Tunísia ou da Síria.

Quando tantas pessoas conseguem encontrar qualquer coisa ou pessoa mais facilmente que nunca, e podem permanecer em contato mais facilmente que nunca para colaborar na produção de mercadorias, enciclopédias ou revoluções, você está na Terra Plana 2.0 – um mundo hiperconectado. E isso tem implicações profundas”. (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. Éramos nós – a crise americana e como resolvê-la. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 80).

³⁵ Cf. MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo: Teoria Geral. 4ª ed. Barueri: Manole. Vol. I, p. 160.

Se o desiderato da prática da bandeira de conveniência é a redução de encargos tributários e de despesas com mão de obra por meio do desrespeito ao direito do trabalho, a partir, da concepção de trabalho decente, de forma a alavancar os lucros e aumentar a competitividade do mercado de forma desleal, pelo menos na questão trabalhista, vislumbra-se a prática do dumping social.³⁶

A partir disso, retorna-se à questão-problema do presente ensaio. Qual o conjunto de normas trabalhistas que se deve aplicar ao trabalhador marítimo de navios de cruzeiro?

Uma contextualização da situação-problema. Tem início a temporada de cruzeiros no Brasil, que ocorre entre outubro e novembro, indo até meados de abril do ano seguinte, no qual uma empresa que explora essa atividade no Brasil (*v.g.*, *MSC Cruzeiros*, *Norwegian Cruise Line*, *Royas Caribbean*), faz a contratação de trabalhadores brasileiros para integrar a equipagem do Navio, o qual possui bandeira do Panamá, por exemplo. Frisa-se que as embarcações de turismo estrangeiras, após 30 dias de operações em águas jurisdicionais brasileiras, devem contar com pelo menos 25% de trabalhadores brasileiros a bordo, conforme o art. 4º da Resolução Normativa nº 05, de 1º de dezembro de 2017 do Conselho Nacional de Imigração (CNIg).³⁷

³⁶ “(...) entende-se por dumping social a deterioração da concorrência no mercado (podendo ser no âmbito interno ou externo) em face da elevação dos lucros abusivo da empresa em face da diminuição de custo de produção através do aproveitamento da precarização da mão de obra, seja pelo desrespeito das normas trabalhistas internas, seja pela migração do processo produtivo para Estado onde a normativa social não atenda aos preceitos do trabalho decente esculpido pela OIT”. (NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; TEIXEIRA, Walkyria de Oliveira Rocha. Da Precarização da Relação de Trabalho Através da Prática do Dumping Social. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 85, nº4, 2019, ps. 249-250)

³⁷ CNIg. Resolução Normativa nº 05/17. Art. 4º A partir do trigésimo primeiro dia de operação em águas jurisdicionais brasileiras, a embarcação de turismo estrangeira deverá contar com um mínimo de vinte e cinco por cento de brasileiros do total dos profissionais existentes a bordo da embarcação a serem definidas pelo armador ou pela empresa representante do mesmo.

§ 1º Excepcionalmente, o Conselho Nacional de Imigração poderá, fundamentadamente, autorizar a alteração do percentual de trabalhadores brasileiros estipulado no caput.

§ 2º Na temporada de 2020/2021, excepcionalmente, o percentual de que trata o caput será de quinze por cento.

Art. 5º O percentual de brasileiros a que se refere o art. 4º, caput, poderá ser compensado, considerando-se a média estabelecida entre os navios da mesma companhia, mediante solicitação, antes do início da temporada, ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Parágrafo único. Na hipótese da compensação de que trata este artigo, nenhum navio poderá ter percentual inferior a dez por cento de brasileiros.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

Assim sendo, qual legislação a ser aplicada para disciplinar esta relação de emprego: a brasileira ou a panamenha (lei do pavilhão)?

5. Da aplicação da legislação mais benéfica ao trabalhador marítimo brasileiro em navios de cruzeiros

5.1. Do conflito de leis no espaço – disposições gerais

O âmago do Direito Internacional Privado perpassa na construção de normas de sobredireito com o fito de determinar qual a norma devida a ser aplicada em determinado fato jurídico no qual se tem a potencialidade de aplicação de mais de uma norma diversa emanadas de sistemas jurídicos outros.³⁸ Em suma, tem-se um conflito de leis em vigor contidas no mesmo espaço, mas decorrentes de ordenamentos jurídicos diversos.³⁹

Nesse diapasão emergi diversos princípios, os quais, em uma perspectiva de coordenação, buscam ofertar uma solução àquele determinado conflito de normas. Explicitar-se-ão alguns.

Destaca-se a *lex fori*, a qual determina que a lei processual a ser aplicada a um determinado tribunal é a lei do lugar em que se encontra o respectivo tribunal. Afere-se que isso constitui desdobramento lógico da soberania estatal inerente a ideia de jurisdição, além de que, seria pragmaticamente inoperável que um magistrado ficasse aplicando conjunto de regras processuais afetas aos mais diversos regimes jurídicos.⁴⁰

³⁸ Cf. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem; ALBUQUERQUE, Felipe. Direito Internacional Privado. 16° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 211.

³⁹ No Brasil, a principal fonte, no que tange ao disciplinamento do conflito de normas no espaço, é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42).

⁴⁰ “A *lex fori* é um elemento de conexão tradicional (e talvez um dos mais antigos) no DIPr. Conota a lei do foro ou a lei do juiz perante o qual são apreciadas as questões jurídicas e seus incidentes.⁷⁰ Sua vantagem está no fato de o juiz do foro melhor conhecer as normas internas de seu Estado que eventualmente uma determinada norma estrangeira, cuja pesquisa do teor e vigência demandaria muito mais trabalho e tempo. É, de fato, mais prático aplicar a lei que se conhece que aquela desconhecida, proveniente de outro sistema normativo, muitas vezes de difícil localização e

Já a *lex domicilii* determina que o domicílio da pessoa⁴¹ é o elemento determinante para fins de situação de estado e capacidade dos sujeitos. Tendo em vista que o domicílio constitui o local com intenção de permanecer de forma definitiva,⁴² apresenta-se como o elemento de conexão mais próximo, sendo a lei do domicílio a utilizada para fins de determinação de personalidade da pessoa. Afere-se que o presente regramento se encontra amparado na LINDB: “Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.⁴³

A *lex loci actus* fixa que a validade de determinado ato jurídico reger-se-á pelas normas do local em que foi constituído.⁴⁴ O vetor lógico apresenta-se na ideia de que, se o ato se constitui válido no lugar de sua realização, apresentar-se-á válido nos demais lugares.

Há o princípio da autonomia da vontade das partes, no qual as partes podem eleger qual fontes do direito será utilizada para reger aquela determinada relação jurídica

compreensão”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Privado. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 146)

⁴¹ Código Civil. Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

⁴² “Há dois elementos: o objetivo, que é a fixação da pessoa em dado lugar, e o subjetivo, que é a intenção de ali permanecer com ânimo definitivo. Importa em fixação espacial permanente da pessoa”. (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 42º ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. Vol. 1, p. 255)

⁴³ “(...) a lei do local do domicílio –, que corresponde a uma das mais importantes regras de conexão no sistema de direito internacional privado brasileiro. À época da promulgação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942, a opção adotada pelo legislador brasileiro atendia a antigos reclamos da doutrina para que fosse abandonada a regra da *lex patriae* – a lei da nacionalidade da pessoa – como a regra de conexão para determinação do direito aplicável aos casos com conexão internacional envolvendo estado e capacidade da pessoa e direitos de família, tal como estabelecido na antiga Introdução ao Código Civil de 1916. Na Exposição de Motivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942, havia clara a ideia de que a lei do domicílio seria um critério mais apropriado para disciplinar tais relações do que a lei de sua nacionalidade”. (MARISTELA, Basso Basso. Curso de Direito Internacional Privado. 6º ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p.159)

⁴⁴ “A LINDB adotou a regra do *locus regit actum* no tocante às formalidades da celebração do matrimônio. (...)”. (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado. 4º ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025, p.40)

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de
cruzeiro

em uma manifesta autorregulação.⁴⁵ Aqui se tem o reflexo da liberdade contratual de sorte a dar segurança jurídica para fins de comércio internacional, por exemplo.

Tem-se o princípio da ordem pública internacional que se apresenta como uma cláusula de salvaguarda, o qual impede a aplicação da legislação estrangeira em caso de afronta aos princípios fundamentais do sistema jurídico de determinado Estado em que se busca a manifestação dos efeitos da norma alienígena.⁴⁶ Assim prescreve o art. 17 da LINDB: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

5.2. Das relações de trabalho e o conflito de leis no espaço

O Tratado de Direito Internacional Privado, de 20 de fevereiro de 1928 (Código de Bustamante),⁴⁷ o qual foi ratificado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 5.467/1929 e promulgado pelo Decreto nº 18.871/1929, assim dispõe:

⁴⁵ “No caso dos fatos transnacionais, a autonomia da vontade é princípio do DIPr, ancorado na liberdade individual prevista em diversos tratados de direitos humanos celebrados pelos Estados, que irradiam seus efeitos também aos fatos transnacionais da vida privada. É justamente nesses fatos transnacionais privados que o princípio da autonomia da vontade incide com maior força, uma vez que o livre-arbítrio das partes na condução dos seus destinos é típico reflexo do ‘direito à liberdade’. Esse direito à liberdade consiste na possibilidade de o ser humano atuar com autonomia e livre-arbítrio, salvo se existir norma jurídica o obrigando a fazer ou deixar de fazer algo. Essa restrição à autonomia da vontade deve, contudo, ser direcionada à consecução de outros direitos (individuais, coletivos ou difusos)”. (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado. 4º ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025, p. 106)

“Outro exemplo concreto de elemento de conexão costumeiro no DIPr é a autonomia da vontade, por meio da qual faculta-se às partes derrogar (expressa ou tacitamente) as normas de conflito e definir, elas próprias, o direito aplicável em certos casos, quando não houver violação à soberania ou à ordem pública do país. No Brasil, cuja legislação não prevê para todos os casos a autonomia da vontade como elemento de conexão posto, fica ela autorizada, por se tratar de costume nacional sedimentado (...)”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Privado. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 69)

⁴⁶ “(...) no Direito Internacional Privado a ordem pública impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina”. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem; ALBUQUERQUE, Felipe. Direito Internacional Privado. 16º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 315)

⁴⁷ Destaca-se que o Código de Bustamante tem status de lei ordinária, no âmbito do sistema jurídico brasileiro.

“Art. 198. Também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador”.

Pela redação supra tem se construído equivocadamente a norma que imputa o dever de aplicar a legislação trabalhista do local da prestação do serviço.

Com fulcro no Código de Bustamante, em 1985, tem-se a edição da Súmula nº 207 do TST, a qual possuía o seguinte enunciado: “A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”.

Importa destacar a existência da Lei nº 7.064/82, que já prescrevia a aplicação do princípio da norma mais favorável aos trabalhadores que transferidos para laborar no exterior de forma transitória por período superior a 90 dias.⁴⁸ Todavia, a lei em tela só se aplicava no caso de empresas de engenharia e congêneres. Esta distinção de tratamento em relação aos demais trabalhadores só teve fim com a alteração da citada lei pela Lei nº 11.962/09. *In verbis*:

Art. 1º Esta Lei regula a situação de ***trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior.***

(...)

Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - os direitos previstos nesta Lei;

II - ***a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.***

Parágrafo único. Respeitadas as disposições especiais desta Lei, aplicar-se-á a legislação brasileira sobre Previdência Social, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e Programa de Integração Social - PIS/PASEP. (Grifos nossos)

⁴⁸ Os trabalhadores transferidos para o exterior de forma definitiva ou em prazo inferior a 90 dias tem-se a aplicação do Código de Bustamante, isto é, aplica-se a lei do local da prestação do serviço.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

A referida alteração legislativa foi uma das razões para a revisão da Súmula nº 207 do TST, o que ocasionou seu cancelamento em 2012. Esse cancelamento foi de suma importância, posto que as relações de trabalho, no contexto de globalização, eventual manutenção do teor sumular retro ensejaria dificuldade do trabalhador ao acesso à justiça, mitigando, assim, a eficácia do art. 5º, XXXV, da CF/88.

No que tange, especificamente, ao trabalhador marítimo contratado para prestar serviço em navio estrangeiro, o Código de Bustamante adota a “lei do pavilhão”, isto é, aplica-se a legislação do país no qual a embarcação encontra-se registrada. De tal sorte, ao combinar os arts. 274, 281 e 198 do Código de Bustamante, vem-se construindo a normatividade quanto à aplicação da legislação trabalhista ao trabalhador marítimo do país no qual o navio está matriculado.

Código de Bustamante – Decreto nº 18.871/29

Art. 198. Também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador.

(...)

Art. 274. A nacionalidade dos navios prova-se pela patente de navegação e a certidão do registro, e tem a bandeira como signal distintivo apparente.

(...)

Art. 281. As obrigações dos officiaes e gente do mar e a ordem interna do navio subordinam-se á lei do pavilhão.

Primeiramente, a eventual utilização das disposições do Código de Bustamante só pode ser ventilada pelos Estados-partes que a ratificaram, os quais, até a presente data foram apenas 16 Estados latino-americanos. Assim, *v.g.*, em situações envolvendo Estados Europeus não pode se valer destas disposições para solução do conflito.⁴⁹

⁴⁹ Código de Bustamante. Art. 2º As disposições deste Código não serão aplicáveis senão às Repúblicas contratantes e aos demais Estados que a ele aderirem, na forma que mais adiante se consigna. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 26(2), 84-112, 2022, p. 90. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/528>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2025.

Além disso, o regramento prescrito no Código de Bustamante, no que tange a “lei do pavilhão” restringe as questões sobre embarcações e não em relação as condições de trabalho. Constatar que o enunciado do art. 198 encontra-se no capítulo sobre arrendamento de coisas, o que, obviamente, se distingue das relações de trabalho.⁵⁰ Destaca-se, ainda, que o Código de Bustamante tem status de lei ordinária (a partir do entendimento do STF sobre o status dos tratados internacionais), no âmbito do sistema jurídico brasileiro. De tal sorte, diante do conflito com leis internas e posteriores ao Código de Bustamante, como a LINDB, a CLT, o Código Civil, esses preponderam (*lex posterior derogat legi priori*).⁵¹

Retornando à questão-problema, constata-se a construção normativa de que, em relação a trabalhadores marítimos brasileiros contratados para laborar em navios de cruzeiros durante a temporada brasileira, diante da situação de uma bandeira de conveniência, aplica-se a legislação trabalhista brasileira, quando mais favorável, como elencado no art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82. Claramente, tem-se uma interpretação ensejadora da mitigação da aplicação absoluta do regramento ventilado pela “lei do pavilhão”, sob a perspectiva da ideia do trabalho decente, conforme Declaração da OIT.

⁵⁰ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 26(2), 84-112, 2022, p. 97. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/528>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2025.

⁵¹ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 26(2), 84-112, 2022, ps. 98-99. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/528>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2025.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

Chama-se atenção, para fins de análise da questão-problema, que a proposição do contrato de trabalho (policitação)⁵² deu-se no território Brasileiro,⁵³ assim, conforme o art. 435 do Código Civil: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. Como reforço a esta afirmação pode-se valer da prescrição do art. 9º da LINDB: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

Sucedendo a contratação de um brasileiro em um Estado estrangeiro para laborar como marítimo em um navio de cruzeiro, não seria o caso de aplicação da legislação trabalhista brasileira.

Com o advento da ratificação pelo Brasil da Convenção nº 186 da OIT sobre Trabalho Marítimo (CTM), isso ensejou a movimentação do Congresso Nacional de maneira a alterar a Lei nº 7.064/82, por meio da Lei nº 14.978/24, de sorte a acrescentar o enunciado que excepciona a aplicação dessa lei aos “os tripulantes de cruzeiros aquaviários em águas jurisdicionais nacionais e internacionais, que são regulados pela Convenção sobre Trabalho Marítimo (CTM), de 2006, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto nº 10.671, de 9 de abril de 2021”.⁵⁴

Pode-se ventilar que, com a ratificação da Convenção nº 186 da OIT, ter-se-ia constituído a base para um ambiente regulatório no qual deixariam de ter aplicabilidade as regras da Lei nº 7.064/82, no que tange ao trabalho do marítimo.

⁵² “A oferta ou proposta, também denominada policação, é a primeira fase efetiva do contrato, disciplinada na lei. Na proposta, existe uma declaração de vontade pela qual uma pessoa (o proponente) propõe a outra (o oblato) os termos para a conclusão de um contrato.2 Para que este se aperfeiçoe, basta que o oblato a aceite. (...)”. (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Contratos. 26º ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. Vol. 3, p.150.)

“A proposta, oferta ou policação, é a declaração recepticia – pois para produzir efeitos tem de alcançar o destinatário –, pela qual alguém (policitante, proponente, solicitante) efetivamente dirige a vontade declarada a outrem (aceitante, policitado, oblato), pretendendo celebrar um contrato. (...)”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécies. 7º ed. Salvador: Juspodvim, 2017. V. 4, p. 87)

⁵³ Na prática, constata-se que o recrutamento, entrevista, aprovação de candidatos, treinamentos, negociações quanto as condições de trabalho e remuneração dos tripulantes ocorrem no Brasil. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 26(2), 84-112, 2022, p. 88. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/528>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2025.

⁵⁴ Art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 7.064/82.

Essa construção não procede. A citada Convenção constitui um arcabouço de direitos mínimos, não obstante que as normas domésticas dos Estados signatários sejam mais favoráveis e, assim, prevaleçam em face da própria convenção em um diálogo das fontes (art. 19 da Constituição da OIT/48).⁵⁵

Constituição da OIT. Artigo 19

(...)

8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, ***deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.*** (Grifos nossos)

Apesar da regra excepcionante do art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 7.064/82, decorrente da inovação dada pela Lei nº 14.978/24, entendemos, a partir de um “diálogo de fontes”, com o intento de efetivar a concepção da aplicação da norma mais protetiva ao trabalhador que não se aplicará a Lei nº 7.064/82 aos tripulantes de cruzeiros aquaviários em águas jurisdicionais nacionais e internacionais naquilo que a Convenção sobre Trabalho Marítimo (CTM) for mais benéfico. Ou seja, se a legislação brasileira for mais benéfica ao trabalhador marítimo contratado no Brasil, esse recorte normativo que se deve aplicar, não podendo se sujeitar a critérios rígidos quando diante de regras protetivas aos trabalhadores.⁵⁶

⁵⁵ “É evidente que a alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre normas internacionais ratificadas e o Direito interno, deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica. (...)”. (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso do Direito do Trabalho. 22º ed. Salvador: Juspodivm, 2025, p. 191)

⁵⁶ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 26(2), 84-112, 2022, ps. 98. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/528>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2025.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de
cruzeiro

Essa interpretação é a única viável de sorte a compatibilizar o novo dispositivo legal em face do princípio da vedação do retrocesso social⁵⁷ e do princípio *pro homine*.⁵⁸ A questão pujante perpassa pelo uso da bandeira de conveniência tendo por desiderato a redução dos encargos trabalhistas de forma a alavancar os lucros e aumentar a competitividade do mercado de forma desleal. Em suma, tem-se uma forma de fraude trabalhista, que nos termos do art. 9º da CLT, enseja a declaração de nulidade.⁵⁹

Deve-se lembrar, ainda, conforme o art. 17 da LINDB, da ausência de eficácia de ato jurídico estrangeiro quando ofender a ordem pública nacional, bem com o artigo 6º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, que prescreve a não aplicação de lei estrangeira quando se burla artificialmente os direitos fundamentais do outro Estado-parte. *In verbis*:

LINDB

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, ***não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.***

Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado

Artigo 6

Não se aplica como direito estrangeiro o direito de um Estado Parte quando artificialmente se tenham burlado os princípios fundamentais da lei do outro Estado Parte.

⁵⁷ CF/88. Art. 5º. (...).

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵⁸ CF/88. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II – prevalência dos direitos humanos;

(...)

⁵⁹ CLT. Art. 9º – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Ficará a juízo das autoridades competentes do Estado receptor determinar a intenção fraudulenta das partes interessadas. (Grifos nossos)

Tendo em vista este contexto, tem-se afastado a legislação estrangeira, naquilo que a lei brasileira for mais benéfica, a partir da teoria da sede (doutrina de Savigny) ou teoria do centro de gravidade (doutrina de Gierke).⁶⁰ A partir desta teoria, busca-se neutralizar a fraude que alterou artificialmente o elemento de conexão natural a aplicação de determinada lei,⁶¹ no caso do problema ventilado neste ensaio, por meio do uso da bandeira de conveniência.

Em face da contratação, no Brasil, de um trabalhador marítimo para prestar serviços em um navio de cruzeiro que se utiliza de uma bandeira de conveniência (*v.g.*, Panamá), na temporada brasileira, qual seria o centro de gravidade mais próximo desta relação jurídica?

O uso da bandeira de conveniência faz presumir a existência de um *dumping social*, com o fito de fraudar a relação trabalhista; a proposição ou contratação do trabalhador foi feita no Brasil; o domicílio do trabalhador é no Brasil; a prestação do serviço, apesar de ser em um navio estrangeiro, ocorre na temporada brasileira, o que enseja, também, em uma navegação de cabotagem em mar territorial brasileiro.

Assim, a partir de todos esses fatores, desvela-se que o centro de gravidade mais próximo desta relação jurídica laboral é o sistema jurídico brasileiro, o que acarreta a aplicação da lei brasileira naquilo que for mais benéfica,⁶² além do reconhecimento

⁶⁰ Cf. MARISTELA, Basso Basso. Curso de Direito Internacional Privado. 6º ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 51.

⁶¹ "(...). Dá-se a fraude à lei no DIP quando o agente, artificialmente, altera o elemento de conexão que indicaria a lei aplicável. (...)". (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem; ALBUQUERQUE, Felipe. Direito Internacional Privado. 16º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 347). Cf. RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado. 4º ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025, p. 362.

⁶² "Se for a lei brasileira mais benéfica aos trabalhadores, não há dúvidas (...) que deve prevalecer sobre normas estrangeiras e, até mesmo, sobre tratados internacionais de que o Brasil é parte, pois o princípio da primazia da norma mais favorável é axiologicamente superior a quaisquer outros que indicam outras leis ou normas internas ou internacionais (menos benéficas) ao caso concreto, certo de que as próprias normas internacionais (...) contêm 'cláusulas de diálogo' ou 'vasos comunicantes' que autorizam a aplicação das normas mais favoráveis ao cidadão sujeito de direitos". (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 26(2), 84-112, 2022, p. 90. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/528>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2025)

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

da jurisdição brasileira para fins de solução de conflitos, sendo a Justiça do Trabalho competente para o feito.

Explicita-se que a competência da Justiça do Trabalho para esses casos tem seu fulcro no art. 651, §3º da CLT que excepciona a regra de competência em face do local da prestação do serviço ao permitir que o empregado opte pelo foro da contratação quando a prestação de serviço for realizada em lugar diverso do contrato de trabalho.

In verbis:

Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

(...)

§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3º - ***Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.*** (Grifos nossos)

A jurisdição brasileira também é atraída nos termos do art. 21, III, do CPC, ao prescrever a hipótese em que o fato tenha ocorrido ou ato tenha sido praticado no Brasil.⁶³ Afira que conforme o art. 651, §2º, da CLT, mesmo os contratos firmados fora do Brasil, mas sendo o trabalhador brasileiro este poderia acionar a Justiça do Trabalho.

Como bem explicita o professor Valério Mazzuoli, a jurisdição brasileira não se aplica apenas aos trabalhadores marítimos contratados para cruzeiros realizados na costa

⁶³ CPC. Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:
(...)

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

brasileira, bem como não constitui um obstáculo à aplicação da legislação trabalhista se mais favorável.⁶⁴

6. Precedentes do TST

Importa destacar que a questão-problema do presente ensaio foi ventilada no seio do Tribunal Superior do Trabalho. Em pesquisa em sede de decisões turmárias, entre 2019 a 2025, constatou-se divergências de entendimentos quanto a problemática. Essencialmente, pode-se afirmar que a 1ª, 2ª, 3ª, 5ª, 6ª e 7ª Turmas do TST⁶⁵ entendem pela aplicação da lei mais protetiva ao trabalhador marítimo de navio cruzeiro

⁶⁴ “É falacioso o argumento de que a jurisdição brasileira somente se aplicaria aos trabalhadores de cruzeiros marítimos nos casos dos cruzeiros realizados na costa brasileira, dado que não importa a rota ou o tráfego da embarcação para atrair a competência da Justiça do Trabalho no Brasil, (...)”
(...)

A rota que faz um navio de cruzeiro ou o seu tráfego por águas brasileiras ou internacionais, à luz do Direito Internacional Privado do trabalho, em nada interfere na legislação aplicável às relações de trabalho dos tripulantes da embarcação, dado que o contrato foi concluído no Brasil e a legislação brasileira mais favorável tem aplicação imediata.” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 26(2), 84-112, 2022, p. 87/97. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/528>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2025.

⁶⁵ TST, 1ª Turma, RR-760-89.2017.5.12.0002, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 10/03/2023.

TST, 2ª Turma, RR-1232-59.2017.5.20.0005 Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 24/09/2021.

TST, 3ª Turma, RRAg-2030-90.2017.5.09.0016, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 22/11/2024.

TST, 5ª Turma, RR-1778-17.2017.5.09.0007, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 02/07/2021.

TST, 6ª Turma, ARR-11800-08.2016.5.09.0028, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 12/04/2019.

TST, 7ª Turma, Ag-AIRR-1187-14.2014.5.07.0008, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 19/04/2024.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

contrato no Brasil, enquanto a 4º e 8º Turmas⁶⁶ entendem pela aplicação da “lei do pavilhão”, além de aplicar as mesmas *ratio decidendi* do Tema 210 do STF.⁶⁷

Nesse cotejo, pode-se delinear em uma tabela o seguinte diagnóstico quanto ao entendimento das Turmas do TST:

Turma	Ano	Ministro(a) relator(a)	Votação	Aplicação da lei brasileira	Não aplicação da lei brasileira
1º	2023	Amaury Rodrigues Pinto Junior	Unânime	X	—

⁶⁶ “(...)IV. Assim, a legislação brasileira não é aplicável ao trabalhador brasileiro contratado para trabalhar em navio de cruzeiro, (1) por tratar-se de trabalho marítimo, com prestação de serviços em embarcação com registro em outro país; (2) porque não se cuida de empregado contratado no Brasil e transferido para trabalhar no exterior. O fato de a seleção e atos preparatórios terem ocorrido no Brasil não significa, por si só, que o local da contratação ocorreu em solo brasileiro; (3) o princípio da norma mais favorável tem aplicação quando há antinomia normativa pelo concurso de mais de uma norma jurídica validamente aplicável a mesma situação fática, o que não é a hipótese do caso concreto, pois não há concorrência entre regras a serem aplicáveis, mas sim conflito de sistemas. V. Assim, independentemente do local da contratação ou do país no qual se executam os serviços, é inafastável a regra geral de que a ativação envolvendo tripulante de embarcação é regida pela lei do pavilhão ou da bandeira, e não pela legislação brasileira (Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.791/1929). VI. Demonstrado que a prestação de trabalho ocorreu em embarcação estrangeira, independentemente de ter navegado em todo ou em parte em águas brasileiras, não há falar em aplicação da lei brasileira. VII. O Supremo Tribunal Federal firmou tese em repercussão geral (Tema 210) no sentido de prevalência, com arrimo no art. 178 da Constituição Federal, de tratados internacionais sobre a legislação brasileira, especificamente no caso de indenização por danos materiais por extravio de bagagens em voos internacionais, caso em que devem ser aplicadas as convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor. (...). A ratio desta tese de repercussão geral deve ser aplicada ao presente caso, pois diz respeito a conflito de legislação nacional com aquelas previstas em acordos internacionais, essencialmente a discussão ora travada. (...)”. (TST, 4º Turma, RR-10-53.2016.5.09.0084, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 20/05/2022)

TST, 8º Turma, RR-1001602-25.2016.5.02.0080, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 24/06/2022. No mesmo sentido: TST, 8º Turma, RR-602-62.2015.5.09.0010, Relator Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 26/02/2021.

⁶⁷ Tabela de teses do STF: Tema 210 – Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. O presente entendimento não se aplica às hipóteses de danos extrapatrimoniais.

2°	2021	Desembargador convocado Marcelo Lamego Pertence	Unânime	X	—
3°	2024	Mauricio Godinho Delgado	Unânime	X	—
4°	2022	Alexandre Luiz Ramos	Unânime	—	X
5°	2021	Breno Medeiros	Maioria	X	—
6°	2019	Katia Magalhaes Arruda	Unânime	X	—
7°	2025	Claudio Mascarenhas Brandao	Unânime	X	—
8°	2022	Alexandre de Souza Agra Belmonte	Maioria	—	X

Na busca de uniformizar a jurisprudência a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), proferiu entendimento pela aplicação do princípio da lei mais favorável, incidindo, no caso concreto, a lei brasileira quando esta for mais benéfica ao trabalhador no conjunto de normas em relação a cada matéria, em detrimento da “lei do pavilhão” em face da teoria do centro de gravidade. *In verbis*:

(...). As normas de regência do trabalho executado no interior de embarcações estrangeiras são definidas a partir do critério estabelecido no Código de Bustamante (Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 18.871/1929). Referido Diploma, nos seus arts. 274 e seguintes, determina a ***incidência da chamada “Lei do Pavilhão”***, segundo a qual a lei material aplicável a tais relações é a do país da bandeira da embarcação. ***A jurisprudência nacional e a comunidade jurídica internacional, contudo, têm relativizado essa regra, principalmente nas hipóteses de adoção de “bandeiras de conveniência ou de aluguel” – prática na qual a empresa armadora/proprietária faz o registro da embarcação em país diverso daquele em que concentra suas operações, com o intuito de se submeter a leis e controles governamentais mais brandos.*** Conforme ilustra a doutrina, as consequências advindas de tal prática são gravíssimas e de diversas ordens, sobretudo no que tange à violação de direitos humanos e da dignidade dos trabalhadores. Por outro lado,

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), ratificada pelo Brasil, exige, em seu artigo 91, a existência de "vínculo substancial entre o Estado e o navio" que arvora sua bandeira. No presente caso, as próprias reclamadas afirmaram, na contestação, ***que os navios em que o reclamante prestou serviços arvoram bandeira do Panamá, não obstante a primeira ré possua sede na Suíça e a segunda, empresa armadora, na República de Malta***. Destaca-se que o Panamá há muito tem sido visto como nação cuja bandeira é comumente adotada como de conveniência, aspecto já reconhecido por esta Justiça, há, pelo menos, 59 anos e, ainda hoje, figura na lista de países associados a "bandeiras de conveniência" elaborada pela Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes (ITF) – entidade sindical internacional cujas normas coletivas as rés sustentam cumprir. Afastada a Lei do Pavilhão para os navios em que o reclamante prestou serviços, ***remanesceria aplicável à hipótese a regra geral da Lei nº 7.064/82, que trata dos empregados brasileiros contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, tendo em vista que, de acordo com o quadro fático dos autos, o autor iniciou seu contrato de trabalho em território brasileiro, ou, pelo menos, aqui foi recrutado por meio de empresa de recrutamento***, a pedido da reclamada. Incide, assim, o artigo 2º, I e III, da aludida Lei. Nessa hipótese, consoante o artigo 3º do mencionado Diploma, aplica-se a lei brasileira quando mais favorável que a legislação territorial, no conjunto de normas em relação a cada matéria. Esse aspecto, aliás, faz atrair fundamento que suplantaria qualquer outro no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, concernente à ***aplicabilidade da norma mais favorável ao ser humano, em caso de eventual conflito, por estreita aderência ao disposto no art. 19, item 8, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT*** (norma vigente no Brasil e na Suíça), que, de forma clara, estabelece inequívoca "cláusula de barreira" à aplicação do direito internacional e ao mesmo tempo a prevalência do direito interno, quando mais favorável. Significa dizer que o conjunto normativo oriundo daquela Organização somente prevalecerá se e somente se for mais favorável que o direito interno, seja ele proveniente de lei, decisão judicial, normas coletivas ou mesmo consuetudinárias. ***Ao ratificar a mencionada norma internacional, base de toda a hermenêutica dos direitos humanos e, em especial, dos direitos sociais, o Brasil incorporou essa diretriz e deve ser ela observada,***

de forma imperativa, pelo Poder Judiciário. Diga-se de passagem, sequer seria necessária a menção expressa a ela, pois o princípio da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo orienta a aplicação de todo direito internacional dos direitos humanos (*princípio pro homine*). (...). Valério de Oliveira Mazzuoli denomina como "cláusula de diálogo" ou "cláusula de retroalimentação", por permitir a contínua interpenetração do direito internacional e do direito interno na regência do caso e desse conjunto extrair-se a norma mais benéfica a incidir sobre a controvérsia, amparado no princípio da prevalência dos direitos humanos. Essa diretriz, aliás, encontra-se materializada na previsão contida no artigo 4º, II, da Constituição brasileira, ao relacionar o princípio da prevalência dos direitos humanos como um dos que regem as relações internacionais do País, expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. ***Quanto à aplicação da Convenção nº 186 da OIT (Convenção sobre Trabalho Marítimo - CTM)***, vigente na ordem internacional a partir de 20/08/2013 e incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 10.671, de 9/04/2021, que se destina a assegurar direitos iguais a essa categoria de trabalhadores - a denominada "gente do mar" - e se imporia às respectivas legislações nacionais por uniformizar as normas sobre trabalho marítimo, ***ainda que não possa ser aplicada de forma retroativa, não pode colidir com o citado princípio, indicado expressamente na Constituição Federal, também se choca - e de modo frontal - com a Constituição da OIT (art. 19, item 8, já mencionado)***. Com efeito, quando, no direito interno, houver norma mais benéfica, o direito internacional cede-lhe passagem. Não seria diferente, na medida em que busca aquela entidade internacional de direitos humanos assegurar o patamar mínimo de direitos aos trabalhadores, indistintamente, mas em nenhum momento, ao pretender atingir esse desiderato, afasta os sistemas normativos dos diversos países que consagram preceitos vantajosos. Admitir-se tal hipótese revelaria insustentável contrassenso e importaria, ao final, proteção às avessas, por acarretar redução de direitos. Aliás, a própria CTM expressamente destaca essa orientação, ao lembrá-la (o termo é nela utilizado) no seu Preâmbulo. Ainda, em relação à invocação feita ao artigo 178 da Constituição da República e ao ***Tema 210 de Repercussão Geral, tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 363.331/RJ***, segundo a qual haveria prevalência das normas e tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros,

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, em relação ao Código de Defesa do Consumidor, ***a simples leitura do precedente invocado afasta a tese de aplicação da mesma ratio decidendi, conforme estabelecido pelo próprio relator, Ministro Gilmar Mendes, porque o caso analisado não tratava de direitos humanos, o que levou à solução com base nos métodos de solução de antinomias entre normas de igual hierarquia, em especial os critérios cronológicos e de especialidade, o que, seguramente, não se aplica às normas internacionais de direitos humanos, como as Convenções da OIT.*** Ademais, a doutrina e jurisprudência também têm admitido o ***afastamento da Lei do Pavilhão com base no Princípio do Centro da Gravidade***, ou do *most significant relationship*, segundo a qual as regras de Direito Internacional Privado podem ceder espaço a outra legislação, quando demonstrado que esta possui ligação mais forte com os fatos e a relação jurídica em análise. Em situações análogas a do presente caso, este Tribunal já decidiu pela aplicação da Teoria do Centro Gravitacional. Na hipótese, considerando que o autor: ***a) foi recrutado e treinado no Brasil, por meio da agência Rosa dos Ventos; b) teve passagens para embarque custeadas pela empregadora; c) embarcou, ao menos em uma oportunidade, em porto brasileiro; e d) prestou parte de seus serviços na costa brasileira, correta, ainda, a aplicação da Teoria do Centro da Gravidade, pois nítido que os fatos e o problema jurídico ora em análise possuem maior ligação com o ordenamento trabalhista brasileiro.*** Precedentes. Recurso de embargos conhecido e provido.⁶⁸ (Grifos nossos)

Não obstante, o problema jurídico em tela ensejou Incidente de Julgamento de Recurso de Revista Repetitivo⁶⁹ constituindo o tema nº 95 (afetado em março de 2025) com a seguinte pergunta: Qual é a legislação trabalhista aplicável nos casos em que o empregado é contratado no Brasil para trabalhar em navio de cruzeiro internacional em águas brasileiras e internacionais?

⁶⁸ TST, SDI-1, E-ED-RR-15-72.2019.5.13.0015, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandão, DEJT 07/12/2023. Decisão no mesmo sentido: TST, SDI-1, Emb-Ag-RR-10025-40.2018.5.15.0118, Relator Ministro Evandro Valadão, DEJT 21/02/2025.

⁶⁹ TST, Pleno, IncJulgRREmbRep-0010946-64.2023.5.03.0180, DEJT 07/04/2025.

Até a presente data não sucedeu a conclusão do referido incidente e consequente fixação de tese de forma a propiciar segurança jurídica e pacificar milhares de demandas presentes no âmbito da Justiça do Trabalho de todo o país.⁷⁰ Sem dúvida a controvérsia jurídica ganha novo fôlego com a inovação trazida pela Lei nº 14.978/24, a qual alterou a Lei nº 7.064/82.⁷¹

7. De *lege ferenda*: projeto de lei nº 1.252/24

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.252/24, de autoria do Deputado Federal Kim Kataguirí, o qual altera disposições da CLT e da Lei nº 7.064/82 de sorte a dispor a sobre a situação de trabalhadores contratados para prestar serviços no exterior, para dispor sobre a contratação de brasileiros por navios de cruzeiros marítimos internacionais.

Destaca-se no referido projeto de lei o seguinte enunciado–enunciado⁷² que prescreve a descaracterização da relação empregatícia do trabalhador marítimo recrutado no Brasil para laborar em navios de cruzeiros marítimos. *In verbis*:

Art. 2º. O Decreto–Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte alteração:

⁷⁰ Em sede de TST, fora identificado 145 acórdãos e 156 decisões monocráticas sobre o tema, como ventilado no voto de afetação.

⁷¹ Lei nº 7.064/82. Art. 1º Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior.

Parágrafo único. Fica excluído do regime desta Lei:

I – o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias, desde que:

a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade; e
b) receba, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior, as quais, seja qual for o respectivo valor, não terão natureza salarial;

II – os tripulantes de cruzeiros aquaviários em águas jurisdicionais nacionais e internacionais, que são **regulados pela Convenção sobre Trabalho Marítimo (CTM), de 2006, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto nº 10.671, de 9 de abril de 2021.**

(Grifos nossos)

⁷² “O enunciado–enunciado de um documento normativo é composto por todos os demais enunciados que não nos remete à instância da enunciação. São preceitos gerais e abstratos, individuais ou concretos, dos quais construímos as normas jurídicas que, efetivamente, regulam as condutas intersubjetivas valoradas pelo legislador”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o Constructivismo Lógico-semântico. 6º ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 690)

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

“Art. 252-A Não caracteriza vínculo empregatício a contratação de trabalhador no Brasil, por intermédio de agência de recrutamento brasileira, para trabalhar em navios de cruzeiro marítimo que navegam em águas internacionais onde o trabalho será realizado”. (NR)

Art. 3º A Lei 7.064, 06 de dezembro de 1982, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º (...)

§ 1º Fica excluído do regime desta Lei:

I – o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias, desde que:

- a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade;
- b) receba, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior, as quais, seja qual for o respectivo valor, não terão natureza salarial.

II – o empregado contratado para trabalhar em navios de cruzeiro marítimo que navegam em águas internacionais onde o trabalho será realizado”. (NR)
(Grifos nossos)

Nos considerandos do projeto de lei (enunciação-enunciada)⁷³ deixa-se claro o fito de contrapor o entendimento consolidado na SDI-I do TST quanto a aplicação da lei mais benéfica aos brasileiros contratados para laborar nos navios de cruzeiro. Na enunciação-enunciada ventila-se como fundamento a insegurança jurídica quanto aos direitos dos trabalhadores marítimos; restrição a contratação de trabalhadores brasileiros; violação do princípio da isonomia e da não discriminação; o dever da

⁷³ “Enunciação-enunciada são os enunciados (i.e. frases, sentenças), presentes no documento normativo que informam sobre o processo, o motivo, o local, as datas e os agentes participantes da atividade enunciativa. São as marcas do processo (enunciação) que ficam no produto.
(...)”

A enunciação-enunciada é o único dado material de que dispõe o jurista para conhecer a produção das normas que estuda e assim, identificá-las dentro do sistema jurídico. O processo produtivo, manifestado no exercício da competência legislativa, administrativa, judicial ou particular, é de impossível reconstituição. Só temos acesso as suas marcas, presentes na enunciação-enunciada e, por meio delas, uma ideia de como este complexo evento foi realizado”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o Constructivismo Lógico-semântico. 6º ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 684/687-688)

União em observar os acordos firmados no que tange ao transporte internacional;⁷⁴ e entendimento do STF, no Tema 210, no qual deve-se prevalecer os tratados internacionais em face da legislação brasileira em matéria consumerista.⁷⁵

Claramente, constata-se uma tentativa de “*backlash*”⁷⁶ pelo Poder Legislativo em face do entendimento do TST, de maneira a permitir o espraiamento da flexibilização da legislação trabalhista de viés neoliberal.

Pelas razões explicitadas nos capítulos anteriores, não se vislumbra como assertivo a prescrição normativa decorrente do projeto de lei retro, visto que a realidade prática subjacente dos trabalhadores marítimos contratados para laborar em navios de cruzeiro que fazem uso de bandeiras de conveniência encerram uma forma de “dumping social”, de maneira a fraudar a aplicação de uma legislação mais protetiva ao trabalhador marítimo em contraposição a ideia de trabalho decente.

O “efeito *backlash*” acabou ocorrendo com o advento da Lei nº 14.978/24, a qual teve como principal fulcro a Lei Geral do Turismo, mas que alterou a Lei nº 7.064/82 para excepcionar sua aplicação aos tripulantes de cruzeiros aquaviários em águas jurisdicionais nacionais e internacionais, que são regulados pela CTM/06.

⁷⁴ Constituição Federal. Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

⁷⁵ STF. Tema 210 – Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. O presente entendimento não se aplica às hipóteses de danos extrapatrimoniais.

⁷⁶ “A História revela um possível e provável nexos etiológico entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfurecida revanche por parte do grupo cujos interesses foram atingidos pela decisão. E como se houvesse um gatilho político invisível, que é acionado sempre que Tribunais se precipitam em desacordos morais sensíveis, ainda não amadurecidos pela sociedade. Assim, quando uma decisão inflama ressentimentos sociais, deflagrando reações hostis, tem sido comum falar em efeito *backlash*”. (FONTELES, Samuel Sales. Direito e Backlash. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 23)

“(…) o *backlash* é o direito difuso à hostilização lícita do Poder Público”. (FONTELES, Samuel Sales. Direito e Backlash. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 64)

“Let us define “public backlash,” in the context of constitutional law, in the following way: Intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force”. (SUNSTEIN, Cass R. Backlash’s Travels. In: University of Chicago Public Law & Legal Theory, Working Paper nº 157, 2007, p. 03. Disponível em: < https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 30 de dezembro de 2025)

8. Conclusões

Para fins de resposta à questão-problema ventilada, não entendemos viável a aplicação do Código de Bustamante, posto que a “lei do pavilhão” restringe-se às questões sobre embarcações e não em relação às condições de trabalho, além de que o enunciado do art. 198 encontra-se no capítulo sobre arrendamento de coisas não tratando sobre relações de trabalho.

Destaca-se, ainda, que o Código de Bustamante tem status de lei ordinária no escopo do ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que, em face de conflito com leis internas e posteriores ao Código de Bustamante, tem-se a máxima “*lex posterior derogat legi priori*”, de maneira a preponderarem a LINDB, a CLT, o Código Civil, por exemplo.

Diante da contratação de brasileiros como trabalhadores marítimos para serviços em navios de cruzeiro que se valem de bandeira de conveniência, com fulcro na teoria do centro de gravidade, vislumbra-se que se deve afastar a legislação estrangeira (“lei do pavilhão”) em favor da legislação trabalhista brasileira, naquilo que for mais benéfico, com o fito de neutralizar a fraude que alterou artificialmente o elemento de conexão natural a aplicação de determinada lei, configurando, a nosso ver, uma prática de *dumping social*.

Desvela-se a competência da Justiça do Trabalho para esses casos com fulcro no art. 651, §3º, da CLT, que excepciona a regra de competência em face do local da prestação do serviço ao permitir que o empregado opte pelo foro da contratação quando a prestação de serviço for realizada em lugar diverso do contrato de trabalho. Vislumbramos que a regra excepcionante do art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 7.064/82, decorrente da inovação dada pela Lei nº 14.978/24, apresenta-se como um “efeito *backlash*” quanto ao entendimento firmado pela SDI-I do TST quanto à aplicação da lei mais benéfica aos brasileiros contratados para laborar nos navios de cruzeiro.

Com fulcro no princípio da vedação do retrocesso social (“efeito *cliquet*” dos direitos humanos) e do princípio *pro homine*, a partir de um “diálogo de fontes”, firmamos a construção normativa, no que tange à regra excepcionante do art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 7.064/82, no sentido de não aplicar a Lei nº 7.064/82 aos tripulantes

de cruzeiros aquaviários em águas jurisdicionais nacionais e internacionais naquilo que a Convenção sobre Trabalho Marítimo (CTM) for mais benéfica. Sentido diverso ensejará o status de inconstitucionalidade e inconvenção do dispositivo.

O direito não pode ser um ladino instrumento para a exclusão da proteção da pessoa humana do trabalhador marginalizando-o ao mero status de objeto, de um número, de um custo. Nesse sentido, impõe-se que a prestação jurisdicional no julgamento do Tema 95 pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST observe o bloco de constitucionalidade de maneira que prevaleça princípio da vedação do retrocesso social e do princípio *pro homine*, garantindo, assim, a eficácia das metas de trabalho decente previstas na Agenda 2030.

Bibliografia

- BARCELLOS, A. P. (2024). Curso de Direito Constitucional. 6° ed. Rio de Janeiro: Forense.
- BELMONTE, A. A. (2018). As relações de trabalho nos cruzeiros marítimos. *Revista do TST*, São Paulo, vol. 84, nº 4, out/dez.
- BOCZEK, B. A. (1962). *Flags of Convenience: An International Legal Study*. Cambridge: Harvard University Press.
- BONFIM, E. M. (2025). Curso de Processo Penal. 15° ed. Rio de Janeiro: SRV.
- BULOS, U. L. (2023). Curso de Direito Constitucional. 16° ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur.
- CARVALHO, A. T. (2019). Curso de Teoria Geral do Direito: o Constructivismo Lógico-semântico. 6° ed. São Paulo: Noeses.
- CASTRO JR., O. A. (2011). Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência: Possibilidades de Regulação. In: CASTRO JR., O. A. (Coord.). *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Fórum.
- DELGADO, M. G. (2025). Curso do Direito do Trabalho. 22° ed. Salvador: Juspodivm.
- DINIZ, M. H. (2024). Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 41° ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, Vol. 1.
- DINIZ, M. H. (2025). Curso de Direito Civil Brasileiro. 42° ed. Rio de Janeiro: SRV. Vol. 1.
- DOLINGER, J.; TIBURCIO, C.; ALBUQUERQUE, F. (2025). *Direito Internacional Privado*. 16° ed. Rio de Janeiro: Forense.

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro

- FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. (2017). Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécies. 7º ed. Salvador: Juspodvim. V. 4.
- FRIEDMAN, L. T.; MANDELBAUM, M. (2012). Éramos nós – a crise americana e como resolvê-la. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras.
- MARISTELA, B. B. (2019). Curso de Direito Internacional Privado. 6º ed. Rio de Janeiro: Atlas.
- MAZZUOLI, V. O. (2023). Curso de Direito Internacional Privado. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense.
- NELSON, R. A. R. R.; TEIXEIRA, W. O. R. (2019). Da Precarização da Relação de Trabalho Através da Prática do Dumping Social. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 85, nº4.
- RAMOS, A. C. (2025). Curso de Direito Internacional Privado. 4º ed. Rio de Janeiro: SRV.
- RANGEL, P. (2023). Direito Processual Penal. 30º ed. Rio de Janeiro: Atlas.
- VENOSA, S. S. (2025). Direito Civil – Contratos. 26º ed. Rio de Janeiro: Atlas. Vol. 3.
- VENOSA, S. S. (2025). Direito Civil – Direitos Reais. 26º ed. Rio de Janeiro: Atlas. Vol. 4.

Recursos electrónicos

- ILO (1999). Report of the Director-General: Decent Work. Geneva. Disponível: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#Human%20Rights%20and%20work>.
- MAZZUOLI, V. O. (2022). Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, 26(2), 84-112. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/528>.
- MEIRINHO, A. G. (2023). A CONATPA e o Setor Aquaviário. A necessidade de um Olhar Especial sobre os Setores Pesqueiro, de Transporte e de Cruzeiros Marítimos para a Tutela Adequada dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. In: BAULER, F. O. V.; CHAGAS, G. L.; MEIRINHO, A. G. (orgs). CONATPA: 20 anos de atuação no trabalho portuário e aquaviário. Brasília: MPT. Disponível: https://mpt.mp.br/pgt/noticias/arquivo_pdf-1-4.pdf.

SUNSTEIN, C. R. (2007). Backlash's Travels. *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper n° 157. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=public_law_and_legal_theory.

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de
cruzeiro

Cómo citar: Antonio Rangel Rosso Nelson, R. (2026). Da aplicação da legislação trabalhista brasileira aos trabalhadores marítimos em navio de cruzeiro. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 7(18), 43–82.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

ARTÍCULOS

**La Inteligencia Artificial y el Derecho del Trabajo:
retos en la protección de los trabajadores
nicaragüenses**

*Artificial Intelligence and Labor Law: challenges in the protection of
Nicaraguan workers*

Fecha de envío: 28/02/2026 – Fecha de aceptación: 11/05/2026

Luis Ernesto Alemán-Madrigal

Universidad Americana

luis_e_aleman@usal.es

Shelsy Estefanía López Esquivell

Universidad Americana

selopeze@uamv.edu.ni

RESUMEN: El artículo analiza el impacto de la inteligencia artificial en las relaciones laborales nicaragüenses y evalúa la capacidad del marco jurídico vigente para proteger los derechos de las personas trabajadoras en un contexto de acelerada digitalización. Mediante una metodología cualitativa y de análisis documental, se identifican las principales transformaciones del mercado de trabajo derivadas de la automatización inteligente y la gestión algorítmica, destacando riesgos de precarización, discriminación automatizada, vigilancia digital intensiva y fragilización de la estabilidad laboral.

El estudio constata que la legislación laboral nicaragüense, diseñada para modelos productivos analógicos, carece de normas sobre transparencia algorítmica, protección de datos laborales, supervisión humana significativa y responsabilidad por decisiones automatizadas, lo que genera amplias zonas de incertidumbre jurídica. Asimismo, se examinan respuestas regulatorias comparadas, especialmente en Europa y América, para identificar estándares emergentes de gobernanza algorítmica y tutela de derechos fundamentales. Se concluye proponiendo lineamientos para un Derecho del Trabajo adaptado a la inteligencia artificial, que integren reformas normativas, políticas activas de formación, mecanismos institucionales de supervisión y esquemas de innovación responsable orientados a asegurar una transición tecnológica justa e inclusiva.

PALABRAS CLAVE: gestión algorítmica, discriminación algorítmica, transparencia algorítmica, decisiones automatizadas

ABSTRACT: The article analyzes the impact of artificial intelligence on Nicaraguan labor relations and assesses the capacity of the current legal system to protect workers' rights in a context of accelerated digitalization. Using a qualitative methodology and documentary analysis, it identifies the main transformations in the labor market resulting from intelligent automation and algorithmic management, highlighting risks of precariousness, automated discrimination, intensive digital surveillance, and the weakening of job stability. The study finds that Nicaraguan labor legislation, designed for analog production models, lacks rules on algorithmic transparency, labor data protection, meaningful human oversight, and accountability for automated decisions, creating broad areas of legal uncertainty. It also examines comparative regulatory responses, particularly in Europe and the Americas, to identify emerging standards for algorithmic governance and the protection of fundamental rights.

It concludes by proposing guidelines for labor law adapted to artificial intelligence, integrating regulatory reforms, active training policies, institutional oversight mechanisms, and responsible innovation schemes aimed at ensuring a fair and inclusive technological transition.

KEYWORDS: algorithmic management, algorithmic discrimination, algorithmic transparency, automated decisions

1. Introducción¹

El último verano de la inteligencia artificial (IA)², en el ámbito laboral ha desencadenado grandes cambios en las dinámicas del trabajo, presentando desafíos que en un primer momento podrían considerarse sin precedentes para el Derecho del Trabajo³. Este fenómeno tecnológico, distinguido por su aptitud para simular procesos cognitivos humanos y automatizar tareas de alta complejidad, está redefiniendo las relaciones laborales y los paradigmas productivos a un ritmo vertiginoso.

La creciente automatización y la integración de la IA en diversos sectores productivos y de servicio están transformando profundamente el mercado laboral; planteando desafíos significativos en la protección de los derechos laborales, pues la acelerada evolución tecnológica podría desbordar la capacidad de los ordenamientos jurídicos de ofrecer una protección efectiva a los trabajadores, resultando imperativo cuestionarnos si la legislación laboral nicaragüense, responde suficiente y adecuadamente ante los riesgos y vulnerabilidades a los que se enfrentan los empleados frente a la IA, siendo necesario identificar los vacíos normativos y los lineamientos indispensables para asegurar una protección efectiva de los

¹ Las opiniones vertidas en el presente artículo se realizan a título personal y no comprometen a las instituciones referidas.

² AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., *Arcana Technicae. El derecho y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 11-12, «Así, la investigación en inteligencia artificial sufre de ciclos que se denominan veranos e inviernos. Suele comenzar con la aplicación práctica de alguna teoría que permite realizar un avance espectacular que hace pensar al mundo que estamos en las puertas de dar nacimiento a un tipo de golem mecánico que nos mirará a los ojos y nos juzgará con su fría mente artificial. Una vez que pasa ese primer momento y nos damos cuenta que el camino a recorrer es vasto, viene el invierno, donde la investigación es abandonada, donde el término inteligencia artificial prácticamente desaparece y la investigación en el campo cae en picada».

³ Cfr. SÁNCHEZ PÉREZ, P., "Una mirada a los presupuestos clásicos para calificar jurídicamente la prestación a través de plataformas digitales", *Trabajo y Derecho*, núm. 72, 2020 y OJEDA AVILÉS, A., "Desconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 464, 2021, págs. 26-27.

trabajadores en esta nueva era tecnológica; consecuentemente, es menester evaluar la suficiencia del marco jurídico laboral, frente a los desafíos y riesgos emergentes derivados del uso de la IA en las relaciones laborales, mediante su capacidad para proteger los derechos de los trabajadores, así identificar posibles vacíos normativos y proponer alternativas en un contexto de acelerada transformación tecnológica. Para ello, nos planteamos como objetivos específicos:

1. Analizar las transformaciones del mercado de trabajo nicaragüense derivadas de la implementación de la IA, a través de la revisión documental, identificando los principales desafíos para los derechos laborales.
2. Evaluar la adecuación y pertinencia de la legislación laboral en Nicaragua frente a los impactos de la IA, analizando su capacidad para proteger los derechos de los trabajadores y determinando las áreas de adecuación.
3. Identificar tendencias regulatorias para la actualización del marco jurídico nicaragüense y fortalecer la protección de los trabajadores ante los avances de la IA, a partir del análisis de regulaciones en otros países.

La investigación resultó innovadora pues analizó el impacto de la IA en la estabilidad y protección de los derechos de los trabajadores en los procesos productivos. Dado que la legislación laboral nicaragüense no está preparada para abordar los desafíos emergentes de esta nueva realidad tecnológica, resultó crucial cuestionarnos su suficiencia y capacidad para ofrecer una salvaguarda efectiva. La pertinencia de la investigación permitió identificar los vacíos normativos y proponer las variantes necesarias para el fortalecimiento del marco jurídico; asegurando una protección adecuada de los derechos laborales en un contexto de rápida transformación tecnológica, garantizando que los trabajadores no queden desprotegidos ante los cambios derivados de la implementación de la IA.

De conformidad a Villabela Armengol⁴, la investigación es teórica al analizar exhaustivamente documentos a partir de los cuales se llegó a conclusiones que contribuyan a generar un avance epistémico. Es de carácter cualitativo en tanto comprende una realidad concreta, el impacto de la IA en el marco jurídico laboral nicaragüense, con alcance descriptivo, pues implicó un análisis detallado del

⁴ VILLABELLA ARMENGOL, C. M., *Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*, 3ª ed., Universidad Centroamericana, Managua, 2009.

fenómeno, abordando sus propiedades y características lo que proporcionó una descripción completa y detallada de los elementos relevantes relacionados con el objeto de estudio.

Los métodos de investigación utilizados fueron: 1) método histórico-lógico el que permitió identificar cómo los avances tecnológicos han modificado las relaciones de trabajo; 2) método exegetico-analítico el que sustentó la interpretación normativa vigente, desarrollando contrastes que permiten formular propuestas para la actualización del marco jurídico; y 3) método jurídico comparado el que permitió establecer puntos de acercamiento y diferencias entre las normativas, con la finalidad de determinar las tendencias legislativas.

Dado que la investigación es teórica, se realizó una exhaustiva revisión bibliográfica, analizando artículos científicos de bases de datos como EBSCO, ProQuest, Scopus, WOS, JSTOR, WorldCat, Willey Online, Dialnet, Redalyc, SciELO y Google Scholar. Las palabras claves utilizadas en la búsqueda de información incluyeron términos como: automatización y legislación laboral, desafíos laborales en la era digital, futuro del trabajo, tecnología laboral, digitalización en el trabajo, algoritmos laborales, transformación digital y riesgos tecnológicos laborales. Estos criterios de búsqueda permitieron desarrollar una investigación integral sobre la implicación de la IA en las relaciones de trabajo.

2. Inteligencia artificial y transformaciones en el mercado de trabajo

El advenimiento de la IA ha desencadenado una serie de transformaciones que están redefiniendo las dinámicas de trabajo en el contexto global⁵; su integración en conjunto con la automatización en diversos sectores productivos ha propiciado un

5 TODOLÍ SIGNES, A., "Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. extraordinario 2, 2024, pág. 229, «Decisiones tales como reclutar y seleccionar trabajadores, decidir los horarios de trabajo, la jornada de trabajo, asignar funciones y tareas, vigilar, controlar y evaluar el desempeño, decisiones de promociones, ascensos, bonus y despidos, actualmente, ya son tomadas por algoritmos. Con el uso de estos sistemas como gestores de la mano de obra, la figura del mando intermedio es cada vez menos necesaria, sustituyendo trabajadores que toman decisiones por trabajadores que cumplan lo decidido por un algoritmo».

cambio acelerado en la naturaleza de las relaciones laborales⁶, lo que plantea retos significativos tanto en el ámbito económico como en el jurídico⁷. En particular, los avances tecnológicos ofrecen una doble cara: por un lado, mejoran la eficiencia y la productividad, por otro, exponen a los trabajadores a nuevos riesgos que ponen en jaque las normativas laborales existentes⁸. A continuación, abordamos las principales transformaciones en el mercado de trabajo derivadas de la implementación de la IA, señalando sus efectos sobre el empleo⁹, las condiciones de trabajo y las garantías

6 ERCILLA GARCÍA, J., "Robots inteligentes y pérdida de empleo", *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 117, 2024, «El cambio entre la automatización y la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral es que pasamos de herramientas que sólo funcionaban ante escenarios con certidumbre, a herramientas que se desenvuelven perfectamente ante la incertidumbre. Y es en este punto, donde la labor humana está más amenazada, dado que las personas trabajamos perfectamente ante hechos repetitivos, pero teníamos hasta tiempos recientes el monopolio del trabajo ante situaciones inéditas. Este cambio de paradigma es el que plantea una afectación general en todo el ámbito laboral, semejante, al que la primera revolución industrial tuvo en el mundo».

7 RODRÍGUEZ CARDO, I. A., "Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 253, 2022, «Con una visión más amplia, la automatización, en su vertiente de robotización, conduce a la sustitución de trabajadores por máquinas, bien sean físicas (robots en sentido estricto), bien virtuales, como los *chatbots* y/o asistentes virtuales, que actúan como primera forma de contacto entre la empresa y el cliente. Aun cuando sus beneficios y riesgos se valoren conjuntamente, la robotización aboca un escenario diferente a la gestión laboral algorítmica y requiere un análisis desde otra perspectiva, como los efectos sobre el empleo, la implementación de medidas de prevención de riesgos laborales y la eventual atribución de derechos y obligaciones a los robots...».

8 MARÍN ALONSO, M. I., "Inteligencia artificial y lugar de trabajo: hacia la "gestión desalineada" del trabajo en España y la Unión Europea", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 22, núm. 42, 2025, pág. 3, «La tecnología se ha utilizado siempre como un elemento transformador e innovador en el marco de la empresa e, incluso, como una palanca de cambio que permite evolucionar a la sociedad en general y a las empresas u organizaciones con ellas. En las últimas décadas se han producido avances tecnológicos de gran calado, y de aplicación simultánea en las empresas, que han mejorado notablemente el proceso productivo y alterado el modo de trabajo. No obstante, en el marco de la relación de trabajo ha sido la faceta de vigilancia y control de dicho poder sobre los trabajadores la más expuesta al uso de tecnologías; y, por ello, la más abordada por los tribunales de justicia en orden a valorar el debido respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras».

9 CAVAS MARTÍNEZ, F., "Inteligencia artificial y relaciones laborales: límites a la gestión algorítmica del trabajo a la luz de la nueva legislación europea sobre inteligencia artificial y trabajo en plataformas digitales", en CUADROS GARRIDO, M. E. y SELMA PENALVA, A. (dirs.), *Inteligencia Artificial y formas de trabajo emergente*, COLEX, A Coruña, 2024, pág. 50, «Si se adopta la perspectiva de largo plazo, la sustitución de mano de obra humana por máquinas siempre ha arrojado a lo largo de la historia un saldo positivo en términos de empleo, constatándose que la desaparición de empleos tradicionales se ha visto compensada mediante la creación de nuevas ocupaciones, lo cual no significa que en el corto y medio plazo no deban adaptarse medidas en los ámbitos de las políticas de empleo, formación y protección

jurídicas. Para ello, es necesario iniciar entendiendo conceptos claves de la IA aplicados al contexto laboral, un refrescamiento necesario para comprender cómo estas transformaciones afectan las relaciones de trabajo y, en consecuencia, los derechos de los trabajadores en el nuevo entorno digital.

2.1. Conceptos claves de la inteligencia artificial en el contexto laboral

La IA y los algoritmos, aunque frecuentemente utilizados como términos equivalentes en el discurso jurídico y tecnológico, presentan diferencias esenciales que deben ser consideradas¹⁰. Si bien no existe a nivel doctrinal una definición única y aceptada de IA¹¹, podemos definirla como un conjunto de técnicas y sistemas diseñados para realizar tareas que normalmente requerirían inteligencia humana, como el aprendizaje, el razonamiento y la toma de decisiones. Observamos que, la definición brindada, se acopla a lo establecido en el artículo 3.1) del Reglamento 2024/1689¹², el que la define

social para procurar que esa transición hacia nuevos escenarios productivos y laborales sea lo menos traumática posible».

¹⁰ ARAGÜEZ VALENZUELA, L., "La configuración del algoritmo digital, vacíos de justicia y principales desafíos para el Derecho del Trabajo", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 7, núm. 1, 2022, pág. 14, «Resulta bastante habitual confundir conceptualmente la inteligencia artificial con los algoritmos digitales o, mejor dicho, llegar a entender que los algoritmos digitales forman parte de la inteligencia artificial. Sin embargo, son conceptos totalmente diferenciados, aunque, a veces, uno pueda asociarse con el otro (cuando nos referimos a la creación de un algoritmo para un sistema de inteligencia artificial). "La Inteligencia Artificial (IA en adelante) es la simulación de inteligencia humana por parte de las máquinas. Dicho de otro modo, es la disciplina que trata de crear sistemas capaces de aprender y razonar como un ser humano, aprendan de la experiencia, averigüen cómo resolver problemas ante unas condiciones dadas, contrasten información y lleven a cabo tareas lógicas. Por otro lado, el algoritmo es un procedimiento sistemático que se efectúa a través de la composición de una serie de número para resolver un problema; sin embargo, para ello, debe estar instruido de una serie de instrucciones bien definidas para operar de manera esperada, esto es, conforme a su previa configuración y proceso de aprendizaje. Así, la formulación del algoritmo resulta fundamental, ya que de ello dependerá la posible toma automatizada de ciertas decisiones empresariales».

¹¹ *Vid.* MERCADER UGUINA, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 19, y MACÍAS GARCÍA, M. DEL C., "La intervención de las tecnologías digitales en la gestión de la seguridad y salud de las personas trabajadoras", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 14, núm. 1, 2024, pág. 3.

¹² del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamento (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), (DOUE, núm. 1689, de 12 de julio de 2024).

como el «sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos e implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales».

La IA se suele clasificar en dos categorías fundamentales: débil y fuerte. La débil se orienta a la ejecución de tareas específicas sin capacidad de razonamiento autónomo, como ocurre con los *chatbots* o los asistentes virtuales cuyo funcionamiento se limita a la programación predefinida¹³, en tanto, la fuerte muestra un grado avanzado de autonomía, al integrar procesos de aprendizaje que le permiten optimizar su desempeño y tomar decisiones con base en patrones previamente adquiridos.

Por su parte, los algoritmos constituyen el núcleo operativo de los sistemas IA, al ser un conjunto de instrucciones bien definidas que guían a las máquinas a realizar tareas específicas, es decir «son un conjunto de reglas o especificaciones que se utilizan para programar ordenadores para que realicen una tarea o un proceso»¹⁴. Los algoritmos se utilizan como instrucciones para el aprendizaje automático, constituyendo el proceso utilizado por los ordenadores para aprender y modificar su comportamiento o mejorar el proceso. Si bien no todos los algoritmos son necesariamente parte de un sistema IA, aquellos que incorporan aprendizaje automático desempeñan un papel fundamental en la automatización de procesos y en la toma de decisiones basadas en datos.

¹³ MARIANI, K. & VEGA LOZADA, F., "The Use of IA and Algorithms for Decision-making in Workplace Recruitment Practices", *Journal of Student Research*, vol. 12, núm. 1, 2023, pág. 2, «Un ejemplo de IA débil son los ordenadores que sirven de instrumento para investigar o llevar a cabo un proceso cognitivo, es decir, el ordenador simula la inteligencia. Mientras que la IA fuerte tiene procesos informáticos que implican un autoaprendizaje basado en su programación. La IA fuerte puede optimizar su propio comportamiento y conectarse con otros ordenadores para crear efectos a gran escala y automatizar procesos complejos» (traducción propia).

¹⁴ *Ibid.*

A partir de las definiciones expuestas, es posible identificar tres elementos fundamentales que caracterizan a los sistemas de IA's¹⁵: 1) su capacidad de operar de manera autónoma¹⁶, reduciendo la intervención humana en la ejecución de tareas y optimizando procesos organizativos; 2) su funcionamiento basado en la recopilación y procesamiento de grandes volúmenes de datos, tanto de origen humano como digital¹⁷; y 3) la generación de información procesada en forma de contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones, las cuales influyen en los entornos con los que interactúa, proceso que se lleva a cabo mediante estrategias de aprendizaje automatizadas o basadas en la lógica y el conocimiento.

Otro aspecto esencial en su funcionamiento es la gestión y el procesamiento de datos a gran escala, proceso que se enmarca en el concepto *Big Data*, término que no solo alude al volumen de información almacenada, sino a su variedad y a la velocidad con la que puede ser analizada y transformada en conocimiento útil. Cuadros Garrido los define como «el desarrollo de sistemas de recopilación, gestión y procesamiento de cantidades enormes de datos que exceden la capacidad del *software* convencional. Esta denominación no se refiere exclusivamente al volumen, sino también a la variedad y a la velocidad con la que estos datos pueden ser cruzados, representados y convertidos en información»¹⁸.

El ecosistema digital actual facilita la recolección masiva de datos a través de diversas plataformas interconectadas, permitiendo la interacción constante entre usuarios y sistemas inteligentes. La diversidad de entornos digitales no solo incentiva la

¹⁵ Vid. RÁZURI VARGAS, C. A., “¿Avanzamos hacia un trabajo decente? La Inteligencia Artificial como herramienta de mejora para el impulso del empleo decente”, *Laborem*, vol. 21, núm. 28, 2023, p. 66.

¹⁶ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Inteligencia artificial y discriminación en el trabajo” en ROMERO BURILLO, A. M. (dir.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, p. 75.

¹⁷ ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 20, «Es posible clasificar las fuentes de datos en cinco: datos públicos, datos privados, data exhaust, datos de comunidades y datos de auto-cuantificación (self-quantification). Los datos públicos se obtienen de organismos gubernamentales o administraciones y normalmente son datos abiertos (open data). Los datos privados se encuentran en posesión de empresas, organizaciones privadas e individuos. Data exhaust se refiere a datos secundarios que se han recolectado de forma pasiva y que pueden ser recombinados con otras fuentes para crear datos de valor. Datos de comunidades provienen en su mayoría de redes sociales y datos de auto-cuantificación son datos revelados por las personas a través de acciones de cuantificación y comportamientos personales».

¹⁸ CUADROS GARRIDO, M. E., “Nuevas tecnologías y relaciones laborales”, Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, Murcia, 2017, pág. 32.

generación exponencial de información, sino que transforma la manera en que esta es analizada y utilizada¹⁹. Goñi Sein indica que las grandes corporaciones han convertido el *Big data* y la IA en ejes centrales de su toma de decisiones²⁰, pues no solo les proporcionan información estratégica sobre mercados y consumidores, sino que también permiten identificar patrones en el comportamiento de los trabajadores y optimizar los procesos productivos, los que, en conjunto con IA posibilita la extracción del conocimiento profundo que trasciende las capacidades analíticas humanas, detectando correlaciones y tendencias ocultas en volúmenes masivos de datos.

2.2. Del modelo industrial al ecosistema digital: implicaciones estructurales del trabajo en la era de la inteligencia artificial

Para comprender los cambios estructurales que la IA ha provocado en la organización del trabajo²¹, resulta indispensable enmarcar su irrupción dentro del proceso histórico

¹⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Y RODRÍGUEZ LEÓN, A., "Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial", *THEMIS Revista de Derecho*, núm. 75, 2019, pág. 256.

²⁰ GOÑI SEIN, J. L. "Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo", *Documentación Laboral: Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol.2, núm. 117, 2019, pág. 60.

²¹ GARCÍA QUIÑONES J. C., "Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente", *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 167, 2023, págs. 76-77, «La instauración de los algoritmos, o más genéricamente de la inteligencia artificial, en la dinámica actual de las relaciones laborales se ha asentado progresivamente como una realidad incuestionable. Constatación que, sin embargo, no limita su extensión al ámbito acotado del Derecho Laboral. Por el contrario, su expansión resulta apreciable, con igual o mayor intensidad, en otros muchos órdenes de la vida en sociedad, con el reto que ello supone para las distintas ramas del Derecho a la hora de pergeñar soluciones válidas frente a los numerosos interrogantes que se plantean. No en vano, bajo ese referente común de los algoritmos —o más ampliamente de la inteligencia artificial—, se constatan hoy manifestaciones relevantes en materias tan heterogéneas como la transformación digital de la Administración Pública, con afectación así del Derecho Administrativo, por alusión a la implantación de experiencias como el sistema de contratación sobre blockchain o la traslación a la Administración de herramientas utilizadas en el sector privado como la actualización automatizada, la inteligencia artificial, explotando big data, o el aprendizaje automático; junto con la concepción de la tecnología blockchain y los smart contracts como elementos positivos de cara a la eficiencia, la transparencia y la seguridad de la Administración Pública».

de las revoluciones industriales²², las cuales han representado hitos en la evolución del sistema productivo y en la redefinición del trabajo humano.

La Primera Revolución Industrial —siglo XVIII—, se caracterizó por la mecanización y el uso del vapor como fuente de energía²³, lo que llevó a una transición de la producción manual a la industrial²⁴, en tanto, la Segunda Revolución Industrial —siglo XIX—, se centró en la electrificación y la producción en masa, aumentando la productividad y creando nuevas formas de trabajo a gran escala²⁵.

²² Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., “El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., (dirs.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 36-37, «La velocidad con la que se adaptan tales novedades al ámbito de lo laboral resulta inusitada, de ahí que nos parece que el calificativo de “irrupción” resulta plenamente acertado. Por el contrario, no consideramos tan acertado, sino todo lo contrario, el calificativo de “disruptivo”, que está causando mucha aceptación en amplias esferas. No está de más recordar que lo “disruptivo” apunta a un efecto de fragmentación, de ruptura o interrupción brusca con el pasado y, por ende, de actitudes de rechazo o confrontación con el cambio tecnológico que se viene produciendo. Por el contrario, debe resaltarse que el cambio tecnológico que supone la digitalización, por diferencia a transformaciones tecnológicas precedentes, se está verificando en términos llamativamente sorprendentes de inmediata asimilación por parte de la población en general y, especialmente, por parte de la población ocupada. Frente a movimientos ludistas del pasado en la incorporación de cambios tecnológicos, ello en modo alguno está presente en la relación con la digitalización. Más allá de los diagnósticos más o menos optimistas o pesimistas respecto de la valoración de sus efectos sobre el empleo y las nuevas formas de trabajo, lo cierto es que siempre se hace sobre la premisa de la irreversibilidad de la digitalización y de la aceptación sin traumas ni percepción de rupturas del mismo».

²³ GARCÍA GARCÍA, A., “El derecho del trabajo frente al (des)equilibrio de poderes de la relación laboral reforzado por el uso empresarial de la inteligencia artificial”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 33, 2024, pág. 485, «Las consecuencias sociales de estos cambios, la división del trabajo, un proceso masivo de expulsión de mano de obra de la actividad productiva y la explotación sistemática del proletariado, terminaron por definir un escenario insostenible en el tiempo: «la cuestión social». Como protesta, surgió la reacción colectiva organizado de la clase trabajadora y con la finalidad de contenerla y canalizarla, así como determinar unas condiciones mínimas de trabajo, comenzó la intervención del Estado en las relaciones de producción a través de la promulgación de normas protectoras de condiciones de vida y de trabajo del proletariado industrial».

²⁴ USHAKOVA, T., “De la máquina al trabajador y viceversa. Un ensayo sobre la implicación de las nuevas tecnologías en el mundo laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 1, 2018, p. 117, «el uso de la energía a través de las máquinas y la proliferación de las herramientas mecánicas permitió acelerar los tiempos de producción y, a la par, dejar de depender de los límites biológicos del ser humano. Contra este fenómeno se lanzaron en rebelión los obreros textiles del centro y el norte de Inglaterra tomando su nombre del mítico líder del movimiento Ned Ludd. Se atribuye a este personaje el destrozo de dos talleres en 1779. Como en aquel entonces los sindicatos eran ilegales, los ludistas optaron por la negociación colectiva por medio de disturbios, dejando las fábricas destrozadas a su paso».

²⁵ CORRALES BONILLA, J., RIBEIRO, N. y ROQUE GOMES, D., “Las competencias exigidas a los trabajadores de la Industria 4.0: Cambios en la gestión de personas”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, vol. 40, núm. 1,

La Tercera Revolución Industrial, también denominada revolución digital, inició en la segunda mitad del siglo XX e introdujo la informática y las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en los sectores productivos, automatizando tareas administrativas y de producción mediante el uso de computadoras y robots industriales, tratándose de «un proceso de innovación tecnológica marcado por los avances en el campo de la informática y automatización de procesos de producción, que nacen en la séptima década del siglo XX»²⁶.

La Cuarta Revolución Industrial, también conocida como Industria 4.0, representa un punto de inflexión cualitativo en la evolución del sistema productivo, al consolidar la integración de tecnologías digitales avanzadas —como la inteligencia artificial, el internet de las cosas, la robótica colaborativa y el análisis masivo de datos— en los procesos industriales. A diferencia de las etapas previas, donde la innovación tecnológica se aplicaba de forma secuencial y localizada, esta nueva fase se caracteriza por una convergencia sistémica entre lo físico, lo digital y lo biológico, transformando la estructura organizativa y operativa de las empresas y modificando sustancialmente la interacción entre personas y tecnología²⁷, identificando Mercader Uguina que «el ecosistema productivo comienza a transformarse de manera radical. La empresa, como la propia economía, deviene ingrátida e intangible y los medios de producción mutan con la incorporación de nuevos sistemas y materiales. Nuevas aplicaciones informáticas permiten la gestión de flujos masivos de datos, los algoritmos ayudan a una asignación más eficiente de los recursos y sectores de

2022, pág. 163, «La Revolución de la Industria 2.0, a finales del siglo XIX, comenzó con la aparición del Fordismo; modelo que sublevó la industria automovilística cuando Ford introdujo la primera línea de montaje automatizada y producción en masa...Es en ese momento, que empresas altamente sofisticadas, debatiendo la tesis “trabajos técnicos versus trabajos no calificados”, intentan medir a través del desempeño de los trabajadores, el rendimiento y los ingresos que debían obtener de acuerdo a sus conocimientos».

²⁶ *Ibid.*

²⁷ MERCADER UGUINA, J. R. Y VELASCO PARDO, B., *op. cit.* pág. 114, «El desarrollo tecnológico y el maquinismo han generado multitud de riesgos con los que cotidianamente vivimos. La novedad que, sin embargo, se registra en la actual sociedad de riesgo, y que decisivamente la caracteriza, es que el riesgo excede el marco de la responsabilidad y su genuina funcionalidad reparadora para convertirse en un problema de Estado y, por ende, de responsabilidad política que reclama la decidida intervención de los poderes públicos, y no con una orientación reparadora, sino de prevención, reducción y, en lo posible eliminación de riesgos. A medida que la sociedad se va complicando tecnológicamente se convierte de forma progresiva en una sociedad de riesgo».

actividad tradicionales se enfrentan a fórmulas disruptivas de competencia que difuminan la imagen tradicional de los mercados. Los robots y aplicaciones de inteligencia artificial se convierten en un instrumento fundamental en la incesante búsqueda de la eficiencia y la productividad. El resultado de todo ello es que el cambio tecnológico que estamos viviendo anuncia una verdadera disrupción en los modos y formas de entender el futuro próximo de la idea de trabajo y ello obliga, necesariamente, a repensar el papel del Derecho frente a esa ola de cambios»²⁸.

La consolidación de fábricas inteligentes y entornos de trabajo automatizados, impulsada por la IA, el internet de las cosas y los sistemas de aprendizaje profundo, no sólo redefine los procesos de producción²⁹, sino que también plantea desafíos inéditos para la estructura jurídica del trabajo. SCHWAB señala que estamos ante una transformación que cambia profundamente la forma en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos³⁰, lo que exige repensar los fundamentos de la organización laboral contemporánea. Esta disrupción tecnológica ha generado nuevas tensiones jurídicas vinculadas, entre otros aspectos, al control empresarial sobre los medios digitales, al uso de datos en tiempo real y a la posible afectación de derechos fundamentales como la intimidad y la dignidad³¹; en consecuencia, es necesaria una revisión crítica

²⁸ MERCADER UGUINA, J. R., “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 63, 2020.

²⁹ TODOLÍ SIGNES, A., “El trabajador en la «Uber Economy»: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 25, 2017, «Las nuevas tecnologías permiten una disminución de los costes de transacción inimaginable hasta hace pocos años. Los costes de transacción son la principal razón por la que las empresas prefieren realizar el trabajo por sí mismas, dentro de una organización preparada para prestar servicios al mercado. En los siglos anteriores, las empresas eran conscientes de que realizar el trabajo mediante personal independiente a la empresa era caro. La información viajaba lentamente y se perdía gran parte de la productividad controlando a posteriori la calidad del trabajo realizado. Por ello, las empresas siempre han preferido contar con el personal propio —dependiente o subordinado— que realizara el trabajo; personal formado por la empresa que asegure la calidad del producto o la prestación del servicio ofrecido por la compañía; personal sujeto a controles de entrada —entrevista de trabajo y procesos de selección—; controles de calidad del trabajo —supervisión por mandos intermedios—; control de salida —poder disciplinario—. Ahora bien, todo esto cambia cuando las nuevas tecnologías reducen los costes de transacción a niveles casi nulos».

³⁰ SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Deusto, Barcelona, 2016, pág. 13.

³¹ LÓPEZ DE LA FUENTE, G., “Los trabajadores que prestan sus servicios a través de plataformas digitales: aportaciones de la Loi Travail N.º 2016-1088” en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 197.

de los mecanismos tradicionales de tutela laboral, así como una adaptación normativa que incorpore de forma efectiva los nuevos entornos tecnológicos. A partir de esta base, el análisis se dirige ahora hacia las implicaciones concretas que estas transformaciones están teniendo en distintos sectores productivos³², con el fin de evaluar su impacto sobre las condiciones de trabajo y la efectividad de la protección jurídica en contextos reales de aplicación.

2.2.1. Presencia de la inteligencia artificial en sectores productivos: identificación y análisis preliminar

La IA ha impulsado una transformación sin precedente en la forma en que se procesan datos y se adoptan decisiones en el ámbito laboral³³. La creciente confianza en los algoritmos y modelos matemáticos ha llevado a una progresiva delegación de tareas tradicionalmente humanas en sistemas impulsados por IA³⁴, generando una

³² ALEMÁN-MADRIGAL, L. E., "La calificación jurídica de la prestación de servicios en las plataformas digitales: retos y propuestas en el Derecho del Trabajo", Tesis de Doctorado, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2025, p. 86, «Podemos distinguir etapas de impacto de los avances tecnológicos dentro del sistema productivo, categorizables en dos principales fases de aplicación: la primera se centra dentro de la producción, en su acepción más restrictiva, abarcando actividades tales como la extracción, el cultivo, la manufactura, la elaboración o la preparación, variando según los sectores y tipos de actividad específicos. La segunda se relaciona con el proceso de distribución, entrega o suministro de los productos y servicios a los usuarios o destinatarios finales, constituyendo un nivel derivado o complementario que engloba diversas actividades y operaciones, incluidas la información, la difusión, la contratación, o la prestación efectiva del servicio al cliente, consumidor o usuario».

³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Derecho del Trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas", *TEORDER*, núm. 37, 2024, pág. 123, «La imposibilidad de calibrar los efectos reales de la IA es consecuencia del ritmo de la innovación tecnológica, del acelerado diseño de nuevas utilidades y del propio funcionamiento de estos sistemas, cuyos *outputs* son en gran medida imponderables».

³⁴ MERCADER UGUINA, J. R. Y VELASCO PARDO, B., "El impacto en lo laboral del reglamento de Inteligencia Artificial", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 23, 2025, pág. 108, «ha incorporado su uso hasta tal punto de que parece que el empresario está dispuesto a delegar o, si se prefiere, a descentralizar parte de sus poderes tradicionales trasladando un importante número de decisiones a la presunta objetividad y plena fiabilidad que proporciona el recurso al Big Data y, por extensión, a la Inteligencia Artificial (IA). Y ello en la medida en que su uso actual se proyecta sobre prácticamente la totalidad de las facetas que componen su autonomía organizativa, recorriendo transversalmente la libertad de actuación empresarial, abarcando desde la selección de trabajadores hasta la forma y modo de ejercicio de poder de dirección, incluyendo las decisiones empresariales de despedir».

automatización cognitiva de los procesos laborales³⁵. Más allá de la ejecución de tareas repetitivas, la IA es capaz de interpretar el lenguaje natural, realizar entrevistas de trabajo, evaluar desempeños y tomar decisiones estratégicas basadas en patrones de datos que exceden la capacidad analítica humana³⁶. Es así que se plantea un debate jurídico sobre la autonomía de estos sistemas y su impacto en derechos fundamentales como la igualdad de oportunidades, la privacidad y la dignidad en el trabajo, pues su creciente uso en la gestión de recursos humanos requiere de marcos normativos que aseguren transparencia y supervisión humana en procesos que afectan directamente a los trabajadores, evitando el riesgo de discriminación algorítmica y garantizando una tutela efectiva frente a decisiones automatizadas.

Se debe tener en consideración que, su incorporación en los sectores productivos ha generado un proceso de transformación que trasciende la mera sustitución de tareas humanas por procesos automatizados. En el contexto laboral, la IA se integra como un agente decisorial y operativo capaz de modificar los esquemas tradicionales de organización del trabajo, la asignación de funciones y la gestión del rendimiento³⁷. Esta irrupción tecnológica, impulsada por la expansión de sistemas algorítmicos de análisis predictivo y aprendizaje automático, plantea una

35 RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *op. cit.* "Decisiones automatizadas y discriminación", «En una evolución comprensible, esas tecnologías han pasado de ser un apoyo en la toma de decisiones a convertirse en el procedimiento de decisión en sí mismo, suplantando al ser humano y dando lugar a "decisiones automatizadas". Surgen de este modo expresiones como "algocracia" (del inglés *algocracy*), que alertan del incremento de decisiones sin control humano, y de ahí que se insista –también desde el ámbito de la UE– en la necesidad de someter el uso de los algoritmos a una valoración ética, reduciendo su impacto cuando proceda».

36 *Ibid.*, «Como es conocido, Amazon dejó de utilizar un algoritmo de selección por perjudicar a las mujeres, pero esos resultados eran consecuencia de que en la fase de aprendizaje se habría nutrido al algoritmo con los datos de los procesos de contratación de los diez años anteriores. El algoritmo analizó los datos y dedujo los patrones correspondientes. El resultado discriminatorio no es consecuencia directa de un mal funcionamiento del algoritmo, sino de la propia política previa de contratación de Amazon (desarrollada por cauces "humanos"), que, gracias al algoritmo, se puede constatar, más bien detectar, que no resultaba igualitaria. El algoritmo contribuyó a visibilizar una práctica discriminatoria, pero no la creó, pues si la política de contratación previa hubiera carecido de sesgo discriminatorio difícilmente el algoritmo había creado ese patrón. La decisión de dejar de utilizar el algoritmo, así pues, resultaría ineficaz para erradicar la discriminación si posteriormente se mantienen los mismos criterios discriminatorios en el proceso de selección por cauces humanos».

37 *Vid.* SÉRVULO GONZÁLEZ, J., "Así despiden Amazon a miles de trabajadores mientras destina miles de millones a la inteligencia artificial", *El País*, 01 de noviembre de 2025, en <https://elpais.com/economia/2025-11-02/amazon-adelgaza-su-plantilla-para-alimentar-a-la-inteligencia-artificial.html>

reconfiguración del paradigma productivo hacia modelos caracterizados por la automatización inteligente y la gestión basada en datos³⁸. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, estas transformaciones no solo suscitan interrogantes sobre la estabilidad del empleo y la redistribución del poder de dirección³⁹, sino que exigen una revisión crítica de los mecanismos de tutela jurídica frente a la toma de decisiones automatizadas que inciden directamente en la vida profesional de los trabajadores⁴⁰. En este marco, resulta pertinente identificar de manera preliminar los principales sectores donde la IA se encuentra incidiendo con mayor intensidad, a fin de evaluar las implicaciones que esta expansión tecnológica tiene sobre las condiciones laborales, la estructura ocupacional y la efectividad de los derechos fundamentales en el entorno digitalizado.

La IA ha dejado de ser una mera herramienta de apoyo para convertirse en un agente transformador en los sectores productivos, redefiniendo modelos de negocio y optimizando procesos con una precisión y velocidad sin precedentes⁴¹. Su capacidad

³⁸ Vid. MONTES ADALID, G. M., "El impacto de la digitalización y de la inteligencia artificial en la privacidad de los trabajadores: desafíos y soluciones", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, núm. 1, 2024.

³⁹ ARESE, C., "La inteligencia artificial protectora del trabajo decente", *Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, núm. 4, 2020, pág. 67, «Las perspectivas sobre este gran tema del mundo del trabajo actual van desde lo fatalista y negativa hasta la visión esperanzada y optimista. En la primera visión, no parecen dudar de que la transformación tecnológica impondrá un cambio disruptivo inevitable, que generará un fenomenal desequilibrio de poder a favor de quien detenta dichos recursos o tiene capacidad de capital para generarlos. No todas las actividades podrán reconvertirse a la era tecnológica».

⁴⁰ CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, "Desafíos y oportunidades que plantea la digitalización", *Organización Internacional del Trabajo*, 20 de febrero de 2024, pág. 4, «En general, existen dos tipos distintos de aplicaciones de tecnología de IA en el lugar de trabajo. El primero está orientado a automatizar las tareas desempeñadas por los trabajadores, especialmente las que son rutinarias y repetitivas y pueden ser realizadas eficazmente por máquinas. El segundo consiste en utilizar análisis y algoritmos basados en la IA para sustituir o transformar las funciones directivas, como la contratación, la observación, la supervisión y la formación de trabajadores, y efectuar la programación de horarios y pausas, es decir, lo que se conoce habitualmente como «gestión algorítmica». Ambos tipos de aplicaciones inciden en el volumen de empleo (número de puestos de trabajo) y en la calidad de los empleos, así como en el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo».

⁴¹ ALEMÁN-MADRIGAL, L. E., *La calificación jurídica de la prestación de servicios en las plataformas digitales: retos y propuestas en el Derecho del Trabajo*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2025, págs. 110-111, «Su incidencia abarca todas las etapas de la relación laboral ya que, «el uso de algoritmos, IA y big data (de forma interdependiente) presenta importantes implicaciones tanto en las fases previas del contrato de trabajo (en materia de selección de trabajadores), como en el resto de las condiciones laborales: vigilancia en el lugar de trabajo y de seguimiento de actividades de los

para interpretar grandes volúmenes de datos y generar patrones de comportamiento estratégicos ha permitido una mayor eficiencia operativa, con implicaciones directas en la reorganización del trabajo y la redefinición de competencias laborales, destacándose «la capacidad de ciertos sistemas informáticos para llevar a cabo funciones y tareas que son propias de los humanos, mediante el procesamiento de datos y el desarrollo de patrones de comportamiento que optimizan su actuación en función de objetivos preestablecidos»⁴².

En el ámbito manufacturero, la incorporación progresiva de la IA está reconfigurando los procesos productivos a través de tecnologías de automatización avanzada, como la robótica inteligente y el mantenimiento predictivo. Estas herramientas, dotadas de capacidades de aprendizaje automático, no solo optimizan la eficiencia operativa, sino que permiten una supervisión anticipada de fallos técnicos, reduciendo significativamente los tiempos de inactividad y los costos asociados. En el caso nicaragüense, la industria manufacturera —particularmente la textil y de confección, uno de los pilares de las exportaciones nacionales⁴³— comienza a experimentar los primeros indicios de esta transición tecnológica; aunque el grado de automatización sigue siendo limitado por factores estructurales y financieros, se observa una tendencia creciente hacia la digitalización progresiva de procesos, la adopción de soluciones tecnológicas de bajo costo y la implementación incipiente de sistemas de control de calidad automatizados.

En el sector financiero, la IA está reconfigurando los mecanismos de gestión del riesgo, la detección de fraudes y la personalización de servicios, mediante el procesamiento automatizado de grandes volúmenes de datos en tiempo real. Las

empleados, evaluación del rendimiento (evaluaciones cuantitativas y cualitativas); y toma de decisiones en lo que respecta a formación, distribución del tiempo de trabajo, o pago de incentivos, por citar solo algunas. De hecho, en un futuro, quizá en todas las decisiones de gestión de personal (modificación, suspensiones, movilidad, incluido el despido) podrían estar fundados en ellas», siendo uno de los aspectos donde más resalta su aplicación, en los procesos de selección de personal».

⁴² GIL OTERO, L., «El impacto de la inteligencia artificial en las categorías clásicas del derecho del trabajo», en ALONSO SALGADO, C., VALIÑO CES, A. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (dirs.), *Derecho, nuevas tecnologías e Inteligencia Artificial*, Dykinson, S. L., Madrid, 2023, p. 116.

⁴³ Vid. INSTITUTO NICARAGÜENSE DE SEGURIDAD SOCIAL, *Anuario Estadístico 2022*, Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, Managua, 2023, pág. 34, en el que se indica que, la actividad económica que genera más asegurados al régimen obligatorio del seguro social es el sector manufacturero con 173,405 asegurados; seguidos de la administración pública con 172,022, dejando como última actividad económica el sector comercio con 103,605 personas aseguradas.

denominadas *fintech*, que combinan innovación tecnológica con servicios financieros, lideran esta transformación al ampliar el acceso al crédito, al ahorro y a las transacciones digitales, especialmente para grupos históricamente excluidos del sistema bancario tradicional. En Nicaragua, donde la inclusión financiera constituye aún un desafío estructural, la expansión de plataformas digitales basadas en IA representa una oportunidad para democratizar el acceso a servicios financieros, pero también plantea riesgos significativos en ausencia de una regulación adecuada. La toma de decisiones automatizadas en materia crediticia puede reproducir sesgos discriminatorios y generar exclusión algorítmica hacia colectivos en situación de vulnerabilidad, como personas adultas mayores⁴⁴, trabajadores informales, personas con discapacidad o quienes carecen de acceso a la tecnología. De igual modo, la opacidad de los modelos de IA dificulta la fiscalización de criterios utilizados para aprobar o denegar créditos, afectando el principio de transparencia y el derecho a la igualdad de trato.

En el sector salud, está revolucionando los procesos de diagnóstico, tratamiento y gestión sanitaria, al permitir el análisis masivo de datos clínicos y epidemiológicos para la detección temprana de enfermedades y la optimización de los recursos hospitalarios. La aplicación de algoritmos de aprendizaje automático en la interpretación de imágenes médicas, la predicción de brotes o la personalización de terapias médicas constituye un avance sustantivo hacia una medicina más preventiva y eficiente⁴⁵. Sin embargo, esta transformación tecnológica plantea riesgos importantes en contextos como el nicaragüense, donde persisten limitaciones estructurales en infraestructura, conectividad y formación del personal sanitario. La incorporación de sistemas inteligentes sin una adecuada supervisión humana podría

44 CASTRO FRANCO, A., "La formación permanente como herramienta de adaptación a la digitalización: ¿mito o realidad?", *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, núm. 53, 2025, pág. 204, «Las personas mayores suelen ser estereotipadas como tecnófobas, menos capaces y poco dispuestas a adoptar nuevas tecnologías digitales. Son asociadas a menudo con un deterioro físico y cognitivo y bajas competencias y deseos tecnológicos, aun cuando expresen una gran disposición a utilizar las aplicaciones cuando sea oportuno».

45 AVELAR, B., "Bukele cede a la IA de Google la gestión médica en El Salvador: "Estamos creando el mejor sistema del mundo", *El País*, 14 de abril de 2026, en <https://elpais.com/america/2026-04-15/bukele-ceda-a-la-ia-de-google-la-gestion-medica-en-el-salvador-estamos-creando-el-mejor-sistema-del-mundo.html>

derivar en decisiones diagnósticas erróneas o sesgadas, afectando el derecho a la salud y la seguridad del paciente; asimismo, la gestión de datos sensibles mediante herramientas de IA exige la adopción de normas estrictas de protección de la información médica, con especial atención a la confidencialidad y al consentimiento informado. Desde una perspectiva social, la brecha digital se erige como un factor de exclusión adicional, ya que las poblaciones rurales, las personas mayores o con discapacidad enfrentan mayores obstáculos para beneficiarse de los servicios digitalizados.

En el sector agrícola, uno de los pilares económicos y sociales de Nicaragua, la IA emerge como una herramienta estratégica para incrementar la productividad, mejorar la sostenibilidad y mitigar los efectos del cambio climático. Su potencial radica en la aplicación de tecnologías como sensores inteligentes, drones, sistemas de visión computarizada y análisis predictivo de datos climáticos y del suelo, que permiten optimizar el uso de insumos, anticipar plagas y reducir pérdidas en la producción. No obstante, la adopción de estas innovaciones enfrenta obstáculos estructurales asociados a la limitada infraestructura tecnológica, la escasez de inversión y la carencia de programas de formación técnica en el ámbito rural; condiciones que no solo ralentizan la modernización del sector, sino que profundizan las desigualdades existentes, especialmente entre pequeños productores, trabajadores agrícolas de baja cualificación y comunidades rurales con escaso acceso a la conectividad digital. Desde la óptica jurídica y social, la implementación de IA en la agricultura plantea el reto de diseñar políticas públicas que garanticen un acceso equitativo a las tecnologías, evitando la exclusión de grupos vulnerables y promoviendo condiciones de trabajo dignas en el proceso de digitalización del campo. En este sentido, resulta imprescindible la articulación de estrategias coordinadas entre el Estado, el sector privado y los organismos internacionales, orientadas no solo a fomentar la innovación tecnológica, sino también a asegurar que su desarrollo se realice bajo principios de justicia social, inclusión digital y sostenibilidad laboral.

La IA también está incidiendo de forma progresiva en el sector logístico, introduciendo sistemas de optimización automatizada para la gestión de inventarios, la planificación de rutas y la previsión de la demanda, lo que permite aumentar la

eficiencia y reducir los márgenes de error en cadenas de suministro globales cada vez más complejas. A nivel internacional, la expansión de tecnologías como los vehículos autónomos, los drones de reparto y los sistemas inteligentes de control de flotas anuncia una transformación profunda en los modelos de distribución y transporte, con efectos potenciales sobre la contratación, la jornada y la seguridad laboral. En Nicaragua, aunque estas innovaciones aún no se han consolidado, su paulatina incorporación en el comercio transfronterizo y la logística portuaria plantea la necesidad de una reflexión jurídica anticipada acerca de sus implicaciones en materia de responsabilidad, condiciones de trabajo y protección social.

2.3. Reconfiguración organizativa del trabajo ante la irrupción de la inteligencia artificial

La irrupción de la IA en los entornos productivos ha desencadenado un proceso de reconfiguración profunda en las estructuras organizativas del trabajo, alterando los esquemas tradicionales de jerarquía y división de funciones. Este fenómeno, caracterizado tanto por la automatización de tareas operativas como por la incorporación de funciones cognitivas avanzadas, está generando nuevas dinámicas laborales que modifican el contenido del trabajo, su forma de ejecución y los perfiles de ocupación requeridos⁴⁶. En contextos como el nicaragüense, donde coexisten sectores altamente informales con industrias en vías de digitalización, esta transición plantea retos particulares para el Derecho del Trabajo, el que debe afrontar la fragmentación del tiempo de trabajo, la dispersión del poder de dirección y la redefinición de la dependencia.

Uno de los efectos más significativos de la automatización es la transformación de los perfiles ocupacionales y de las competencias requeridas en el mercado de trabajo⁴⁷. La sustitución progresiva de tareas manuales, rutinarias o predecibles por sistemas automatizados ha desplazado el foco hacia habilidades técnico-digitales, como la programación, el análisis de datos y la gestión de entornos inteligentes, que

⁴⁶ Vid. WORLD ECONOMIC FORUM. *Future of Jobs Report 2025. Insight Report*. World Economic Forum, Ginebra, 2025.

⁴⁷ Vid. CORRALES BONILLA, J., RIBEIRO, N. Y ROQUE GOMES, D., *op. cit.* págs. 167-170.

ahora resultan esenciales para la empleabilidad en determinados sectores. A la par, cobran relevancia las competencias transversales de carácter cognitivo y socioemocional —como el pensamiento crítico, la resolución de problemas complejos y la adaptabilidad—, imprescindibles para interactuar en contextos laborales dinámicos y con alta influencia tecnológica. En el caso nicaragüense, caracterizado por una marcada heterogeneidad formativa y elevados niveles de informalidad, esta reconfiguración del capital humano exige una revisión profunda de las políticas públicas en materia educativa, de formación profesional y de reconversión laboral, pues sin un fortalecimiento estructural del sistema educativo y de los mecanismos de formación continua, el riesgo de exclusión sociolaboral se intensifica, especialmente para los trabajadores que carecen de acceso a procesos formativos alineados con las exigencias de la economía digital.

En este contexto, la reconversión laboral y el fortalecimiento de competencias digitales se consolidan como ejes estratégicos para afrontar los desafíos derivados de la automatización. La implementación de programas de formación continua —impulsados tanto desde el sector público como desde el ámbito privado— constituye una herramienta clave para facilitar la transición de los trabajadores hacia ocupaciones emergentes, especialmente en el caso de aquellos con menor cualificación formal. Para Nicaragua, la promoción de alianzas interinstitucionales entre el Estado, las entidades educativas, las empresas y los organismos internacionales resulta fundamental para estructurar ofertas formativas coherentes con las demandas del nuevo modelo productivo, formulando políticas públicas inclusivas que reduzcan las brechas estructurales en competencias tecnológicas, siendo esta una condición indispensable para evitar procesos de exclusión laboral y garantizar una inserción efectiva de la fuerza de trabajo en entornos cada vez más mediados por la IA.

Más allá de la transformación de funciones y perfiles ocupacionales, la integración de sistemas inteligentes en los entornos laborales está redefiniendo los poderes del empleador en la gestión del trabajo⁴⁸. La IA no solo actúa como instrumento de

⁴⁸ DE CASTRO MEJUTO, L. F., “La tecnología en las relaciones laborales. Los poderes del empresario y sus límites”, en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 437-438, «La empresa, entendida como entidad integrada como un conjunto de medios materiales personales organizados, es una creación del

optimización productiva, sino que introduce mecanismos automatizados de control, evaluación y toma de decisiones que inciden directamente en el ejercicio del poder de control, dirección y vigilancia empresarial⁴⁹. En este escenario, la utilización de algoritmos para el seguimiento del rendimiento, la asignación de tareas o la predicción de conductas laborales plantea serios desafíos especialmente en lo relativo a la intimidad y la dignidad del trabajador⁵⁰. Para Nicaragua, donde la

empresario, quien ha puesto su patrimonio, esfuerzo y expectativas en juego para la obtención de unos deseados resultados económicos. Es, por tanto, el propietario de la empresa y a él corresponden determinadas facultades sobre el personal que se incluye en esos medios organizados, resultando que, en el ejercicio de sus poderes de dirección y organización, las órdenes e instrucciones del empresario respecto de sus empleados no requieren, en principio ningún tipo de motivación, explicación o justificación al trabajador, porque el empresario las adopta en el ejercicio de su libertad de organización empresarial (artículo 38 de la Constitución Española). A ello se refiere reiterada jurisprudencia constitucional que menciona el alto margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas del empleador. Además, las órdenes e instrucciones del empresario se caracterizan por su imperatividad, es decir, el trabajador está obligado a acatarlas y cumplirlas, habida cuenta que tiene el deber de obedecer al empresario (artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores). Sin embargo, ni este deber ni aquel poder son absolutos, dado que «la genérica regulación legal y las amplias facultades que se atribuyen a la empresa, como manifestación directa e inmediata del poder de dirección y control de la actividad laboral que también le corresponde, no está, sin embargo, exenta de límites que se concentran fundamentalmente en el respeto a los derechos profesionales y económicos de los trabajadores», aparte de los derechos fundamentales y libertades públicas que, como ciudadanos, ostenta».

⁴⁹ ALEMÁN-MADRIGAL, L. E., "Las nuevas tecnologías: abordando los retos de las inteligencias artificiales y los algoritmos en las relaciones de trabajo", en TODOLÍ SIGNES, A. y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., (dirs.), *La regulación de la inteligencia artificial y el Derecho del Trabajo. Retos en materia de dirección algorítmica del trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2025, págs. 28-32, «La innovación tecnológica amplía los poderes del empleador en lo concerniente a la supervisión y control del trabajo, proporcionando facilidades para las tareas de seguimiento y comprobación de la prestación laboral, facilidades que se extienden tanto a las actividades desarrolladas dentro de las instalaciones de la empresa, mediante el uso de herramientas de captación y grabación de imagen y sonido, como aquellas llevadas a cabo fuera de sus instalaciones, incluso en los casos donde el trabajo implica el desplazamiento del trabajador de un lugar a otro. Las herramientas tecnológicas empleadas para supervisar y evaluar el desempeño de los trabajadores, incluso ante la presencia de distancia física, facilitan un control empresarial omnicomprendivo y potencialmente invasivo para la privacidad de quienes prestan sus servicios. Esta rigurosa vigilancia se ve reforzada, por un lado, por aplicaciones diseñadas para externalizar la supervisión de la calidad del servicio prestado, y por otro, por la capacidad de monitorear la actividad laboral de manera constante y sin incurrir en costos adicionales para la empresa, promoviendo el concepto de trabajador transparente y amplificado, redefiniendo el espacio laboral a través de un flujo constante y detallado de la información».

⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A., "Poder de dirección y videovigilancia laboral", en MONREAL BRINGSVAERD, E., THIBAUT ARANDA, X. y JURADO SEGOVIA, Á. (coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25° aniversario como catedrático de derecho del trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 193, «Obviamente, cuando el ordenamiento

regulación sobre vigilancia y control del trabajo es propia de modelos fordista, se vuelve imperativo establecer garantías normativas que aseguren la transparencia, trazabilidad y rendición de cuentas en los procesos automatizados que afecten la continuidad del empleo, la estabilidad contractual o el acceso a condiciones laborales equitativas.

2.4. Impacto en la estabilidad laboral y los derechos de los trabajadores

El análisis del impacto de la IA sobre la estabilidad laboral y los derechos de las personas trabajadoras exige partir de su carácter ambivalente: mientras posibilita incrementos de eficiencia y competitividad, introduce riesgos de sustitución de ocupaciones, segmentación del mercado de trabajo y nuevas asimetrías de poder en la relación jurídico-laboral. En economías como la nicaragüense —con fuerte peso de la agricultura, la manufactura y amplias franjas de informalidad—, la adopción de sistemas algorítmicos puede traducirse en el incremento de contrataciones temporales, rotación tecnológica y desplazamientos ocupacionales sin garantías adecuadas de recolocación, afectando el derecho al trabajo en condiciones dignas y a la estabilidad en el empleo. Asimismo, la gestión automatizada de personas incide en derechos fundamentales como la igualdad y no discriminación, la intimidad y la protección de datos, la salud y seguridad en el trabajo y la desconexión digital. Tales riesgos demandan respuestas normativas y organizativas coherentes con el enfoque de transición justa: deberes empresariales de información y consulta, evaluaciones de impacto algorítmico *ex ante*, medidas de recolocación y formación continua, así como parámetros mínimos de transparencia, trazabilidad y supervisión humana en decisiones que afecten el vínculo laboral y la protección social.

jurídico acoge ambos derechos —el del empresario a dirigir el trabajo en su empresa y el del trabajador a preservar su intimidad y a la protección de sus datos— está partiendo de la base de su necesaria coexistencia. Sin embargo, ello no impide —en ésta como en cualquier otra realidad ordenada por el Derecho— la posible conflictividad planteada en el concreto ejercicio de esos derechos. En efecto, pese a que el poder de dirección del empresario (incluida su vertiente de vigilancia y control del trabajo) y los derechos de los trabajadores a la dignidad e intimidad (esta sería una derivación de aquella) y a la protección de datos personales poseen una indudable legitimidad constitucional y legal, es evidente que, en su ejercicio, ese poder y esos derechos pueden colisionar, y de hecho colisionan en no pocas ocasiones; por ello resulta imprescindible la tarea de fijar sus respectivos contenidos y límites, a fin de garantizar su pacífica coexistencia».

En el contexto nicaragüense, la sustitución progresiva de tareas manuales y repetitivas por sistemas automatizados comienza a manifestarse con especial intensidad en sectores estratégicos como la agricultura y la manufactura, donde la mano de obra constituye el principal factor de producción. La agricultura y la manufactura representan una parte significativa del empleo formal especialmente vulnerables al desplazamiento de mano de obra debido a la implementación de sistemas automatizados. Esta vulnerabilidad se ve acentuada por la insuficiente cobertura de programas de formación técnica y reconversión laboral que faciliten la transición hacia ocupaciones digitales, lo que limita la capacidad de los trabajadores para adaptarse a las nuevas exigencias del mercado. En consecuencia, los derechos más comprometidos en este proceso son el acceso a un empleo estable y la protección frente al desempleo, dado que la automatización tiende a reducir las oportunidades de reinserción en sectores que demandan competencias tecnológicas avanzadas. A ello se suma el incremento sostenido de la informalidad laboral —que afecta a más del 70% de la población trabajadora en Nicaragua—, fenómeno que se agrava por el desplazamiento tecnológico y el auge del trabajo en plataformas digitales. La expansión de estas formas de ocupación sin garantías mínimas de protección social no solo erosiona la estabilidad laboral, sino que amplía las brechas de desigualdad económica y social, profundizando la vulnerabilidad estructural del mercado de trabajo nicaragüense.

La implementación de IA y procesos de automatización no solo redefine la estructura del empleo, sino que también incide de manera directa en el acceso y la sostenibilidad de la protección social. El crecimiento del trabajo en plataformas digitales y la creciente flexibilización de las relaciones laborales han dado lugar a modalidades de prestación que escapan a los marcos normativos tradicionales, generando falta de cobertura, lo que conlleva a falta de prestaciones por maternidad, de accidente o enfermedad de origen común o laboral a corto, mediano y largo plazo, así como acceso a pensiones contributivas. Países como Nicaragua, enfrentan un desafío significativo en la regulación de estas nuevas formas de empleo, ya que la falta de normativas específicas pone en riesgo la protección social de un número creciente de trabajadores que operan bajo esquemas informales o en economías colaborativas, lo que resulta particularmente relevante en un contexto donde la

economía digital avanza más rápido que la capacidad de regulación, acentuando la desvinculación entre la prestación de servicios y la garantía de derechos laborales básicos.

Garantizar la estabilidad laboral en el contexto de la automatización y la expansión de la IA exige la construcción de un marco regulatorio integral que combine innovación tecnológica con tutela jurídica efectiva. Este marco debe incorporar principios de transparencia y supervisión humana sobre los procesos algorítmicos que incidan en la gestión laboral, incluyendo la obligación de auditar los sistemas de decisión automatizada, establecer límites proporcionales al monitoreo digital de los trabajadores y proteger rigurosamente la confidencialidad de sus datos personales. Tales mecanismos resultan esenciales para prevenir decisiones opacas o discriminatorias y asegurar que la digitalización productiva no erosione los fundamentos del trabajo digno. En el caso nicaragüense, donde el tránsito se produce en un entorno normativo típico de las relaciones de trabajo del siglo XX, la implementación de estas garantías se presenta como condición indispensable para lograr una transición tecnológica socialmente justa y sostenible. De esta manera, el desafío no radica únicamente en incorporar la inteligencia artificial al sistema productivo, sino en redefinir el papel del Derecho del Trabajo frente a los nuevos escenarios de riesgo y vulnerabilidad que emergen con su utilización, cuestión que será objeto de análisis en el capítulo siguiente.

3. El Derecho del Trabajo ante los desafíos planteados por la inteligencia artificial

Nicaragua cuenta con un marco jurídico laboral diseñado para las relaciones de trabajo propias de los modelos productivos de la segunda revolución industrial, centrado en la prestación de servicios a cuenta ajena bajo esquemas organizacionales de corte fordista, presencialidad y dirección jerárquica directa. En consecuencia, la legislación laboral positiva enfrenta serias dificultades para dar respuesta adecuada a las transformaciones derivadas de la digitalización y la incorporación de sistemas de inteligencia artificial en la organización del trabajo⁵¹.

51 GARCÍA GARCÍA, A., *op. cit.*, pág. 494, «Si la tecnología de la inteligencia artificial puede provocar, por un lado, que cada vez sea necesario un número menor de trabajadores para producir los mismos

Esta insuficiencia ha sido reconocida por la propia jurisdicción constitucional, al afirmar que «ESTA SALA DE LO CONSTITUCIONAL es del criterio y la convicción de que el derecho formal y escrito del trabajo no tiene la capacidad de resolver taxativa y expresamente todas las situaciones de hecho que a diario se presentan o que puedan presentarse en la prestación de servicios subordinados que puedan acordarse: ello como consecuencia del desarrollo económico y social de un país y de los avances tecnológicos»⁵².

En el ordenamiento jurídico nicaragüense, el eje de la regulación sustantiva de las relaciones laborales se articula en torno a la Ley 185/1995⁵³, concebida para disciplinar formas de empleo propias de un modelo productivo analógico y presencial, sin referencias específicas a la IA, al tratamiento masivo de datos ni a la toma de decisiones automatizadas⁵⁴. Esta ausencia de previsiones expresas genera zonas de

bienes y servicios, y si, por otro lado, las condiciones laborales favorecidas por la tecnología de aquellos que mantienen sus empleos no respetan la dignidad humana, he aquí una razón por la que debe intervenir el Derecho del Trabajo también para garantía, no solo de un trabajo decente, sino también de una ciudadanía plena».

⁵² Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, de 20 de junio de 2012, sentencia número 1054.

⁵³ Ley 185, de 30 de octubre de 1996, Código del Trabajo (La Gaceta Diario Oficial núm. 205 de 30 de octubre de 1996).

⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *op. cit.* "Derecho del Trabajo, inteligencia artificial", págs. 128-129, «La regulación de la IA está teniendo efecto de descodificación del Derecho del trabajo, fenómeno que no es nuevo y que no se produce solo debido al surgimiento del Derecho algorítmico. Me refiero a la tendencia hacia la creciente reubicación de las normas laborales, por su contenido y destinatarios, fuera de los cuerpos legislativos propios e idiosincrásicos de este sector del ordenamiento. En efecto, el Derecho del trabajo español no está reunificado en último grado, al no existir un Código del Trabajo que, a semejanza de otros ordenamientos (entre ellos el francés, el portugués, el chileno y el ruso), reúna todas las normas que se aplican al trabajo asalariado. Sí existe, sin embargo, una cierta estructuración de sus distintos sectores desarrollada a través de grandes leyes que actúan como enclaves normativos para cada uno de ellos, un paquete de reglamentos y alguna legislación espacial. Hay, así, un Estatuto de los Trabajadores, una Ley de Prevención de Riesgos Laborales, una Ley de Empleo, una Ley de Regulación de la Jurisdicción Social...estas leyes, de gran extensión, agrupan los sectores fundamentales de la regulación, dotándola *de facto* de cierto nivel de codificación. La tendencia a ubicar contenidos laborales en cuerpos normativos no laborales comenzó con el Derecho digital, y ahora está ocurriendo con el de la IA. La técnica de la regulación de la IA está generando grandes textos transversales que incluyen algunos contenidos claramente laborales que no llegan a plasmarse en su normativa propia. El ejemplo paradigmático es el de los derechos digitales, ausentes de una norma legal que se llama a sí misma «Estatuto de los Trabajadores» y que contiene un artículo sobre «derechos de los trabajadores». Aquellos están regulados en un título monográfico de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales. Lo mismo ocurre con la creciente regulación de los aspectos relacionados con el trabajo de algoritmos y decisiones

incertidumbre jurídica en materias especialmente sensibles, como la protección de la vida privada y de los datos personales en el ámbito laboral o la atribución de responsabilidad cuando decisiones relevantes para la relación de trabajo son adoptadas —total o parcialmente— por sistemas algorítmicos. La incorporación de herramientas de IA en los procesos de selección, evaluación de desempeño o gestión del tiempo de trabajo, sin un marco normativo que establezca garantías claras de explicabilidad y control, incrementa el riesgo de opacidad y de discriminación indirecta, siendo necesario avanzar hacia una verdadera responsabilidad algorítmica en el ámbito laboral, de modo que las decisiones automatizadas se sometan a exigencias reforzadas de transparencia, rendición de cuentas y control humano significativo, cuestión que adquiere especial relevancia en Nicaragua ante la brecha existente entre la velocidad del cambio tecnológico y la capacidad de adaptación del Derecho del Trabajo.

Uno de los desafíos más sensibles derivados de la introducción de sistemas de IA en la gestión laboral radica en su capacidad para intervenir —de manera total o parcial— en decisiones determinantes tales como la contratación, la evaluación del desempeño, la asignación de tareas, las promociones o incluso la terminación del vínculo laboral. El marco normativo nicaragüense carece de disposiciones que regulen el uso de sistemas algorítmicos en estos procesos, lo que genera un vacío jurídico que amplifica la vulnerabilidad de los trabajadores frente a decisiones potencialmente opacas, discriminatorias o materialmente erróneas. La ausencia de estándares legales que impongan obligaciones de transparencia, explicabilidad y trazabilidad dificulta que los trabajadores comprendan las razones subyacentes a una decisión automatizada o puedan ejercer de forma efectiva mecanismos de impugnación. En entornos laborales digitalizados resulta imprescindible asegurar una supervisión humana significativa sobre los procesos algorítmicos, así como garantizar que toda persona afectada por una decisión automatizada reciba una explicación clara, accesible y verificable de sus fundamentos. En el contexto nicaragüense, esta carencia normativa adquiere particular gravedad, pues deja a discreción de los

automatizadas, presentes en el Reglamento General de Protección de Datos y en la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea y, en el caso español, en su norma de transposición, pero no reflejado en el Estatuto de los Trabajadores».

empleadores la adopción y diseño de herramientas de IA sin límites jurídicos definidos ni parámetros mínimos de responsabilidad, lo que compromete tanto la estabilidad laboral como la efectividad de los derechos fundamentales en el entorno digital.

La protección de la vida privada de las personas trabajadoras adquiere una centralidad renovada ante la expansión de sistemas de vigilancia digital y monitoreo algorítmico en los entornos laborales. En Nicaragua, la legislación vigente no ofrece una regulación específica sobre la recopilación⁵⁵, tratamiento y análisis de datos derivados de estos mecanismos de supervisión, lo que genera un espacio de incertidumbre jurídica que puede habilitar prácticas invasivas o desproporcionadas. La utilización de herramientas de IA capaces de registrar, procesar y evaluar información en tiempo real —incluyendo métricas de rendimiento, patrones de conducta o datos biométricos— plantea tensiones significativas con el derecho fundamental a la privacidad y con los principios de proporcionalidad, necesidad y finalidad que deben regir toda forma de control empresarial. La ausencia de límites normativos claros dificulta que los trabajadores conozcan el alcance del tratamiento de sus datos, impidiendo un ejercicio efectivo de sus derechos de información y oposición frente a prácticas lesivas. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, se vuelve imprescindible avanzar hacia un marco regulatorio que establezca garantías mínimas en materia de transparencia, minimización de datos y supervisión humana, asegurando que las tecnologías de vigilancia no se conviertan en instrumentos de control excesivo ni alteren indebidamente el equilibrio de poder en la relación laboral. Una regulación de este tipo permitiría armonizar la innovación tecnológica con la protección de los derechos fundamentales, preservando la dignidad de las personas trabajadoras en un entorno crecientemente digitalizado.

Junto a la protección de la intimidad, el principio de igualdad y no discriminación adquiere una relevancia crucial frente a la creciente utilización de sistemas algorítmicos en los procesos de gestión laboral. Aunque el ordenamiento jurídico nicaragüense prohíbe toda forma de discriminación en el empleo, carece de disposiciones que regulen el funcionamiento de los sistemas de IA desde la

⁵⁵ Ley 787, de 21 de marzo de 2012, Ley de Protección de Datos Personales (La Gaceta Diario Oficial núm. 61 de 29 de marzo de 2012).

perspectiva del riesgo de sesgo automatizado. La evidencia comparada demuestra que los algoritmos pueden reproducir y amplificar desigualdades preexistentes cuando se entrenan con datos históricos sesgados o cuando su diseño incorpora parámetros que generan impactos adversos en determinados grupos laborales. Este fenómeno —conocido como discriminación algorítmica— no solo puede excluir injustificadamente a personas trabajadoras de procesos de selección, promoción o asignación de tareas, sino que también puede erosionar la igualdad de oportunidades y el trato equitativo que inspiran el Derecho del Trabajo, ampliando asimetrías que el sistema jurídico está llamado a corregir⁵⁶. La ausencia de salvaguardas normativas específicas en Nicaragua contrasta con las respuestas regulatorias que comienzan a consolidarse en otros ordenamientos, lo que hace imprescindible acudir al estudio comparado para identificar estándares, mecanismos y buenas prácticas que permitan orientar eventuales reformas y asegurar una tutela laboral efectiva frente a los riesgos derivados de la gestión algorítmica.

3.1. Respuestas normativas frente a la inteligencia artificial en el ámbito laboral

El proceso de incorporación de sistemas IA en la gestión laboral ha impulsado a numerosos países y organismos internacionales a desarrollar marcos regulatorios

56 TODOLÍ SIGNES, A., *op. cit.* “Democracia en el trabajo”, pág. 231, «...se ha puesto de manifiesto que las clásicas instituciones jurídicas (protecciones antidiscriminación, normativa de prevención de riesgos laborales, DDFF, etc.), hasta el momento, se han mostrado insuficientes para poner límites a los “jefes” algorítmicos. Incluso las más “modernas” regulaciones como puede ser el RGPD se ha mostrado totalmente incapaz de frenar las vulneraciones de derechos laborales que provocan las tecnologías algorítmicas. Las razones por las que las regulaciones clásicas se muestran insuficientes para garantizar los derechos de las personas trabajadoras son principalmente tres. En primer lugar, porque las normativas que tratan de reducir o controlar el impacto de la digitalización sobre las personas han puesto el foco en la privacidad y en la protección de datos personales. Regulan la tecnología desde la perspectiva de que esta puede invadir la intimidad de las personas, olvidando que muchos más derechos están en juego. Cuando un algoritmo es el “jefe”, derechos como la salud, la autonomía, la capacidad de negociar, los derechos antidiscriminación, también necesitan ser protegidos. En segundo lugar, la normativa ha buscado dar soluciones individuales a problemas colectivos. Muchas de las acciones concedidas por el reglamento de protección de datos son de carácter individual – protección de datos individuales– que no permiten, ni siquiera cuando se gana el caso ante los tribunales mejorar la situación. En tercer lugar, el RGPD (y el Reglamento de Inteligencia Artificial) no es una normativa laboral y no está pensada ni adaptada a los principios de funcionamiento de las relaciones industriales».

orientados a garantizar la transparencia, la supervisión humana y la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras frente a decisiones automatizadas⁵⁷. Estas iniciativas reflejan una preocupación común: evitar que la innovación tecnológica erosione garantías laborales históricas o genere nuevas asimetrías de poder en la relación de trabajo⁵⁸. En este sentido, el estudio del derecho comparado se convierte en una herramienta indispensable para identificar estándares emergentes, modelos regulatorios y buenas prácticas que permitan orientar eventuales reformas en Nicaragua. Analizar las respuestas normativas adoptadas en otras jurisdicciones —desde regulaciones específicas sobre IA hasta marcos de protección de datos aplicados al trabajo— no solo facilita una evaluación crítica de las insuficiencias del ordenamiento nacional, sino que también aporta elementos teóricos y prácticos para avanzar hacia un sistema de tutela laboral capaz de responder a los desafíos derivados de la gestión algorítmica.

En el ámbito del Derecho comparado, España se ha consolidado como uno de los ordenamientos pioneros en la regulación de los efectos de la IA y la gestión algorítmica sobre las relaciones laborales. La Ley 10/2021⁵⁹, al reconocer

57 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *op. cit.* “Derecho del Trabajo, inteligencia artificial”, pág. 127, «La respuesta del ordenamiento jurídico a las cuestiones que plantea la generalización de la utilización de la IA en las relaciones laborales se está produciendo de una manera muy rápida...a través de la aprobación de un conjunto de normas específicas y actualizadas al [que] ya se denomina como «Derecho algorítmico laboral». Este sería una modalidad diferenciada (una *spin-off*, diríamos hoy) de otra rama del Derecho del trabajo elaborada en los últimos años, el Derecho del trabajo digital, que reúne las distintas normativas que se ocupan del impacto de la digitalización en las relaciones laborales, incluyendo los derechos de nueva generación a los que llamamos «derechos digitales». Aunque ambas comparten origen y código genético, las notables diferencias que presentan justifican que se traten de manera diferenciada».

58 LOAYZA VILLANUEVA, S. E., “Desafíos y oportunidades jurídicas de la inteligencia artificial en el ámbito laboral: hacia una regulación equitativa y responsable”, *Laborem*, vol. 24, núm. 31, 2025, pág. 141, «Si analizamos el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) y la propuesta del Reglamento de Inteligencia Artificial, podremos ser testigos de cómo la Unión Europea ha logrado establecer un modelo de transparencia y auditoría de decisiones automatizadas, lo cual resulta crucial para garantizar una adecuada toma de éstas. Canadá y Estados Unidos, por su parte, han implementado leyes exigiendo transparencia en cuanto al uso de los algoritmos a utilizarse en procesos de contratación de personal, buscando prevenir sesgos discriminatorios así como garantizar equidad en dichos procedimientos. Dichos esfuerzos regulatorios nos ofrecen valiosos ejemplos a considerar en la futura creación de un marco regulatorio peruano que aplique la inteligencia artificial a nuestro contexto laboral y que considere la problemática social y económica vigente».

⁵⁹ Ley 10/2021, de 09 de julio de 2021, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021).

expresamente el derecho de las personas trabajadoras a ser informadas sobre los sistemas de control digital utilizados por el empleador, introdujo un estándar normativo orientado a garantizar la transparencia en la supervisión tecnológica del trabajo. Posteriormente, la Ley 12/2021 profundizó esta línea regulatoria al establecer la obligación empresarial de comunicar a la representación de los trabajadores los parámetros⁶⁰, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que influyen en decisiones esenciales como la contratación, la asignación de tareas, la evaluación del desempeño o la organización del tiempo de trabajo⁶¹. Esta previsión legal no solo constituye un avance decisivo frente a la opacidad algorítmica⁶², sino que también fortalece la acción colectiva al dotar a las organizaciones sindicales de herramientas para incidir en la negociación sobre la gestión digital del trabajo. A ello se suma la consolidación del derecho a la desconexión digital, que articula la protección de la intimidad, la salud laboral y la conciliación frente a los riesgos derivados de la hiperconectividad y de los sistemas de supervisión continua⁶³.

A escala supranacional, la Unión Europea ha adoptado una de las respuestas regulatorias más ambiciosas en materia de IA, cuyo impacto podríamos considerar

⁶⁰ Ley 12/2021, de 28 de septiembre de 2021, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021).

⁶¹ PÉREZ AMORÓS, F., "Derecho de información algorítmica de los representantes de los trabajadores en la empresa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, núm. 4, 2024, p. 153, «la mencionada Ley de 2021, es el primer impulso, que reciben los algoritmos de forma expresa y nominativa por parte de la legislación laboral básica para que accedan al plano legal laboral».

⁶² Cfr. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *op. cit.* "Decisiones automatizadas y discriminación", «Por lo pronto, es dudoso que ese derecho de información permita a la representación de los trabajadores conocer el código del algoritmo, que puede estar protegido por la legislación relativa a secretos industriales (cuestión compleja que en España tendría encaje en el art. 96 de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, pero deben tenerse presente las normas internacionales y extranjeras, porque el software podría haber sido elaborado en otro país, e incluso estar sujeto a patente). Aun superando estos obstáculos, el mero conocimiento del código resultará de ordinario inútil —por incomprensible o indescifrable para personas sin formación informática y/o matemática muy especializada—, de modo que ni el sacrificio del secreto industrial minimiza significativamente los riesgos para los derechos de los trabajadores».

⁶³ Vid. GIL PÉREZ, M. E.: "El derecho a la desconexión digital y su tratamiento jurídico", *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, núm. 52, 2024.

que influye directamente en el ámbito laboral⁶⁴. La aprobación, el 13 de marzo de 2024, del denominado Reglamento de Inteligencia Artificial constituye un hito normativo al establecer un marco armonizado para el diseño⁶⁵, despliegue y supervisión de sistemas de IA en los Estados miembros⁶⁶. Su contenido —estructurado en 180 considerandos, 113 artículos y 13 anexos— incorpora estándares jurídicos de gran relevancia para la protección de las personas trabajadoras⁶⁷.

En primer lugar, el artículo 3 introduce definiciones precisas de sistema de IA y de riesgo, proporcionando un vocabulario técnico-normativo que delimita las categorías

⁶⁴ Sierra Benitez, E. M., "Apuntes sobre las nuevas leyes "históricas" en el actual marco normativo de la UE sobre la Gestión algorítmica, la Inteligencia Artificial y el impacto de los derechos humanos en las empresas", *Cielo Laboral*, núm. 3, 2024, págs. 2-3, «Esta ley recientemente aprobada el 13 de marzo de 2024 por una mayoría muy cualificada (523 votos a favor, 46 en contra y 49 abstenciones) supone una posibilidad para que los parlamentarios trabajen en más legislación para el próximo mandato tras las elecciones del próximo mes de junio. Así, por ejemplo, en la elaboración de una directiva sobre las condiciones en el lugar de trabajo y la IA, según ha manifestado el ponente de la Ley de IA en el Parlamento, el italiano Brando Benifei. Entrará en vigor veinte días después de su publicación en el DOUE y será de plena aplicación veinticuatro meses después de su entrada en vigor, salvo algunas excepciones (por ejemplo, los sistemas considerados de alto riesgo estarán sujetos a normas estrictas para su aplicación en el mercado de la UE. Las normas generales sobre IA se aplicarán doce meses después de su entrada en vigor, y las obligaciones de alto riesgo treinta y seis meses después). Estas normas estarán supervisadas por las autoridades nacionales, que contarán con el apoyo de la oficina de IA dentro de la Comisión Europea, por lo que los Estados miembros deberán crear agencias nacionales de supervisión».

⁶⁵ Vid. GUILLEN PAJUELO, Á., "El Reglamento europeo de inteligencia artificial y sus derivadas laborales: una especial referencia al uso de algoritmos en la extinción del contrato de trabajo", *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 12, 2024.

⁶⁶ Vid. AGOTE, R. Y. ARRIOLA, A., "Claves del régimen jurídico de los sistemas de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales en España", *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 3, 2024, págs. 172-182.

⁶⁷ Cfr. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., "El Reglamento europeo de inteligencia artificial: una primera valoración sobre su (limitado). impacto laboral", *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 4, núm. 1, 2025, págs. 22-23, «...el Reglamento no se dirige al empleador en esa particular condición, sino al empresario, ni a los trabajadores en el contexto de la relación laboral. El propósito, como ya se indicó, es garantizar que el sistema de IA se ha diseñado y desarrollado correctamente y que se utiliza de forma adecuada. Por ello se establecen una serie de obligaciones recíprocas entre el fabricante/proveedor y el responsable del despliegue, que tienen como propósito detectar posibles anomalías o disfunciones y establecer canales de comunicación que permitan reconfigurar el sistema de IA para que funcione de acuerdo a los parámetros bajo los que fue concebido. Sobre estas premisas, es evidente que el Reglamento de IA no es una norma laboral, ni pretende específicamente regular el uso de esta clase de sistemas en el entorno de trabajo. Por consiguiente, cuenta con un alcance similar a otras que atienden el proceso de fabricación de determinados productos, herramientas o máquinas, cuyo propósito consiste en mejorar la seguridad de los usuarios y de otras personas que puedan verse potencialmente afectadas».

regulatorias aplicables al entorno laboral. En segundo término, el artículo 5 prohíbe expresamente determinadas prácticas de IA en los lugares de trabajo⁶⁸, entre ellas la inferencia de emociones, la categorización biométrica basada en características sensibles y la utilización de datos que permitan deducir aspectos íntimos de la persona —como origen racial, orientación sexual, creencias religiosas o afiliación sindical—, prohibiciones esenciales para salvaguardar derechos fundamentales como la privacidad, la dignidad y la libertad ideológica⁶⁹. Finalmente, el artículo 6, en conjunto con el anexo III, clasifica como sistemas de alto riesgo aquellos utilizados para la publicación de ofertas de empleo, el cribado y análisis de solicitudes, la evaluación de candidatos, la fijación de condiciones laborales, la promoción o terminación del vínculo laboral, así como los algoritmos destinados a supervisar y evaluar el desempeño. Estos estándares imponen obligaciones reforzadas de transparencia, calidad de datos, supervisión humana y gestión del riesgo⁷⁰,

68 PÉREZ AMORÓS, F., “Aspectos laborales del Reglamento (UE) 2024/1689 de 23 de junio de 2024 sobre inteligencia artificial”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 10, núm. 1, 2025, págs. 22-23, «Desde una óptica laboral, se comprueba, que entre las prácticas de IA prohibidas, se incluye: la introducción en el mercado, la puesta en servicio o el uso de sistemas de IA para inferir en las emociones de una persona física (trabajadores) “en los lugares de trabajo” (art. 5.1f RIA); y, también se prohíbe, la categorización biométrica que clasifique individualmente a las personas físicas (trabajadores) sobre la base de sus datos, para deducir o inferir “su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas, o filosóficas, vida sexual u orientación sexual” (art. 5.1g RIA). Esta retahíla de supuestos laborales que están prohibidos debido a que generan un riesgo inaceptable en razón de materia o derecho lesionado, es ejemplificativa, y por lo demás, evidencia que los derechos lesionados son fundamentales, desde el de privacidad y no discriminación, hasta el de libertad sindical, dicho sea, por ahora, sin mayor precisión».

69 *Vid.* MUÑOZ RUIZ, A. B., “Los sistemas automatizados de reconocimiento de emociones en el trabajo en el reglamento europeo de inteligencia artificial”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024.

70 MARTÍN RIVERA, L.: “La inteligencia artificial y la gestión algorítmica aplicadas a las relaciones laborales: de la legislación española a la Ley Europea de Inteligencia Artificial”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, núm. 4, 2024, pág. 89, «En concreto califica de riesgo alto: 1) los sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para publicar anuncios de empleo específicos, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas; 2) la IA destinada a tomar decisiones sobre a) la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, b) la asignación de tareas basada en la conducta individual o en rasgos o características personales y c) el seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones. En suma, la Ley de Inteligencia Artificial considera como alto riesgo la gestión algorítmica sobre la selección de trabajadores, las formas de vigilancia y control de la prestación laboral, la ordenación y gestión del trabajo, así como la conclusión de la relación laboral. Estos sistemas no están prohibidos, pero, como se ha apuntado, si están condicionados a una serie de restricciones y a

configurando un modelo normativo de gran utilidad para identificar parámetros comparados que podrían orientar futuras reformas en el ordenamiento laboral nicaragüense.

Si bien el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial representa un avance normativo de alcance histórico, su recepción doctrinal no ha estado exenta de críticas⁷¹. Diversos autores advierten que, pese a su carácter transversal, el texto regula de manera insuficiente las especificidades propias del ámbito laboral, particularmente en lo relativo a la posición de subordinación estructural de las personas trabajadoras frente a decisiones automatizadas. Se subraya que la clasificación de sistemas de alto riesgo y los mecanismos de supervisión previstos podrían resultar insuficientes si no se integran evaluaciones de impacto específicas sobre empleo y condiciones de trabajo que atiendan la asimetría de poder inherente a la relación laboral. Asimismo, se ha planteado la necesidad de fortalecer los mecanismos institucionales de control mediante la creación o habilitación de organismos especializados en IA y condiciones de trabajo, con competencias para auditar algoritmos, verificar sesgos, supervisar la calidad de los datos utilizados y ordenar la corrección de sistemas que generen riesgos para la dignidad, la igualdad o la salud de las personas trabajadoras.

Fuera del ámbito europeo, en Estados Unidos el desarrollo regulatorio ha seguido una estrategia descentralizada y de carácter sectorial, basada fundamentalmente en iniciativas estatales y municipales. El estado de Illinois, mediante la Ley 101-0260 de

mecanismos de control ex ante y ex post mediante los que se pretende garantizar la aplicación efectiva del Reglamento Comunitario».

⁷¹ Vid. PLAZA PENADÉS, J., “Claves del futuro Reglamento (Ley) de Inteligencia Artificial de la UE”, *Dossier: Las claves de la futura Ley de Inteligencia Artificial Europea*, (mayo), 2023, pág. 9, «no se trata, ni mucho menos, de un Reglamento que regule de forma “integral” y “completa” todas las cuestiones jurídicas relacionadas con la Inteligencia Artificial. Por ejemplo, deja fuera de su regulación materias tan importantes como la responsabilidad civil, la cual se podía haber integrado perfectamente en este Reglamento. Y lo mismo ocurre con el tema la titularidad de los derechos y sus imbricaciones con el derecho de autor en materia de programas de ordenador, o con las cuestiones de propiedad intelectual respecto a los resultados que ofrece al usuario la IA generativa, que se apuntan, pero que no se abordan, en mi opinión, con el rigor que dicha problemática requiere. En ese sentido, el Reglamento IA es profundamente decepcionante en lo que se atañe a su sentido y alcance, pues dista mucho de ser un Reglamento/ley “integral” que regule las principales cuestiones que en el ámbito del derecho privado plantea actualmente la Inteligencia Artificial».

2019 (*Artificial Intelligence Video Interview Act*)⁷², impone al empleador la obligación de informar previamente a las personas candidatas cuando se utilicen sistemas de IA en la realización y análisis de entrevistas de trabajo, explicar de manera comprensible cómo opera la herramienta y recabar su consentimiento expreso, incorporando además deberes de limitación y eliminación de los registros audiovisuales. Por su parte, la ciudad de Nueva York, a través de la *Local Law* 144/2021⁷³, exige la realización de auditorías independientes de sesgo antes de emplear herramientas algorítmicas en los procesos de selección de personal, así como la publicidad de sus resultados y la notificación a los aspirantes sobre el uso de estos sistemas. Ambos instrumentos configuran un modelo de intervención preventiva y focalizada, centrado en reforzar la transparencia y la equidad en fases críticas de acceso al empleo, sin embargo, su alcance continúa siendo fragmentario y circunscrito a contextos específicos, lo que difiere con los intentos europeos de construir marcos integrales de gobernanza de la IA.

En América Latina, el desarrollo normativo relativo al uso de IA en el ámbito laboral se encuentra aún en una fase incipiente, aunque comienzan a consolidarse iniciativas que buscan acotar los riesgos asociados a la gestión algorítmica. Brasil constituye uno de los avances más significativos mediante la Ley 13.709/2018 —Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)—⁷⁴, que, siguiendo el enfoque garantista del modelo europeo, establece límites al tratamiento automatizado de datos personales y sensibles, incluyendo aquellos recabados en contextos laborales. La LGPD introduce obligaciones de transparencia, bases legales para el tratamiento, derechos de información y oposición, así como principios de minimización y responsabilidad proactiva, configurando un marco que, sin centrarse exclusivamente en las relaciones de trabajo, incide directamente sobre prácticas empresariales de monitoreo, evaluación y toma de decisiones automatizadas.

Por su parte, Chile dio un paso relevante en 2023 con la presentación de un proyecto de ley sobre IA que incorpora un capítulo orientado específicamente a su uso en el

⁷² Ley 101-0260, Ley sobre entrevistas en vídeo con inteligencia artificial.

⁷³ Ley 144/2021, de 10 de noviembre, Ley en relación con las herramientas automatizadas de decisión sobre el empleo.

⁷⁴ Ley 13.709/2018, de 14 de agosto, Ley General de Protección de Datos Personales.

empleo⁷⁵. Inspirado en los estándares europeos de gobernanza algorítmica, este proyecto contempla principios como transparencia, explicabilidad, responsabilidad y supervisión humana significativa, además de prever mecanismos para prevenir sesgos y garantizar la protección de derechos fundamentales frente a decisiones automatizadas. Aunque la iniciativa permanece en discusión parlamentaria, constituye un esfuerzo pionero en la región al reconocer explícitamente los riesgos laborales derivados de la IA y la necesidad de un marco regulatorio especializado.

En el plano internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha enfatizado que la respuesta a la digitalización y a la expansión de la IA en el trabajo exige una actualización sustantiva de los marcos laborales, orientada por un enfoque de derechos humanos. La Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo de 2019 insiste en la necesidad de articular políticas que refuercen la protección social, aseguren la igualdad y la no discriminación en el empleo, y garanticen la transparencia y la rendición de cuentas en el uso de tecnologías automatizadas, especialmente cuando estas inciden en el acceso al trabajo, las condiciones de empleo y la estabilidad en el puesto. Al reclamar una gobernanza de la innovación centrada en la persona trabajadora —basada en la dignidad, la justicia social, el diálogo social y la supervisión democrática de los procesos tecnológicos—, la OIT proporciona parámetros que complementan las experiencias comparadas examinadas y ofrece lineamientos útiles para orientar la adaptación del Derecho del Trabajo nicaragüense. Sobre la base de estas referencias internacionales, el siguiente capítulo abordará las reformas necesarias para construir un sistema de tutela laboral capaz de responder de manera efectiva y garantista a los desafíos que plantea la inteligencia artificial en el contexto nacional.

4. Lineamientos para un Derecho del Trabajo adaptado a la inteligencia artificial

El análisis realizado ha puesto de manifiesto que la incorporación de la IA en la organización del trabajo no solo tensiona las categorías clásicas del Derecho del

⁷⁵ Vid. MINCIENCIA.: “Proyecto de Ley que Regula los sistemas de IA”. En MinCiencia. Consultarse en <https://www.minciencia.gob.cl/areas/inteligencia-artificial/Inteligencia-Artificial/Proyecto-Ley-regula-sistemas-IA/>

Trabajo, sino que evidencia desajustes estructurales entre los riesgos derivados de la gestión algorítmica y las respuestas que ofrece el marco normativo vigente en Nicaragua. Sobre la base de ese contraste, a continuación, nos preparamos a delinear lineamientos para un Derecho del Trabajo adaptado a la IA, que permitan reconducir la innovación tecnológica dentro de un horizonte garantista.

Se trata, en particular, de identificar ejes normativos y de política laboral que fortalezcan la transparencia de las decisiones automatizadas, aseguren la supervisión humana significativa, prevengan la discriminación algorítmica y refuercen la tutela de la privacidad y de la estabilidad en el empleo, de modo que la transformación digital del trabajo en Nicaragua no se produzca a costa de la erosión de los derechos laborales, sino en clave de actualización y profundización de su función tuitiva. Esta necesidad de adaptación normativa encuentra además respaldo en la propia jurisprudencia constitucional nicaragüense, la cual, como se indicó, ha reconocido expresamente que el derecho formal y escrito del trabajo no posee la capacidad de prever de manera taxativa todas las situaciones derivadas de la evolución económica, social y tecnológica. Desde esta perspectiva, los desafíos introducidos por la IA y la gestión algorítmica del trabajo no constituyen fenómenos ajenos a la lógica evolutiva del Derecho del Trabajo, sino expresiones contemporáneas de transformaciones productivas que exigen una reinterpretación y actualización constante de sus mecanismos de tutela.

Una de las más significativas carencias del ordenamiento nicaragüense frente a la expansión de la IA en el trabajo reside en la ausencia de una regulación específica de la discriminación algorítmica en los procesos de acceso, desarrollo y terminación de la relación laboral⁷⁶. Mientras que el marco europeo ha identificado los sistemas utilizados en la gestión de recursos humanos como de alto riesgo y les ha impuesto

76 Cfr. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *op. cit.* "Decisiones automatizadas y discriminación", «Como se sabe, los algoritmos más sofisticados aprenden, pero este aprendizaje exige entrenamiento, y para ello deben suministrarse datos que, tras un pertinente análisis, permitirán extraer patrones. Una muestra de datos inadecuada puede llevar al algoritmo a reproducir patrones discriminatorios, pero bien mirado, ni la transparencia ni el control humano posterior deberían despertar especial confianza. A la postre, la discriminación es una creación humana que deriva de un prejuicio. Si un sistema de inteligencia artificial ofrece resultados discriminatorios es porque reproduce conductas humanas, de modo que la supervisión posterior no garantizará la erradicación de la discriminación, que puede ser igual o más intensa en la gestión laboral humana que en la algorítmica».

obligaciones reforzadas de transparencia, explicabilidad y rendición de cuentas, en Nicaragua no existen disposiciones que disciplinen de manera directa la toma de decisiones automatizadas en ámbitos como la selección de personal, la evaluación del desempeño, la fijación de condiciones de trabajo o el despido, lo que facilita que se adopten decisiones materialmente sesgadas que pueden afectar de forma desproporcionada a determinados colectivos. La ley 185/1995 no prevé obligaciones explícitas empresariales de transparencia sobre el funcionamiento de los algoritmos utilizados ni mecanismos que permitan auditar sus resultados o exigir la revisión humana de las decisiones automatizadas, de modo que las empresas podrían implementar herramientas de IA que, aun operando bajo la apariencia de neutralidad técnica, reproduzcan o amplifiquen sesgos presentes en los datos de entrenamiento. Un segundo ámbito crítico de insuficiencia regulatoria se sitúa en la protección de la vida privada y de los datos personales de las personas trabajadoras frente al uso intensivo de tecnologías de vigilancia y análisis de información en el lugar de trabajo. Mientras el Reglamento Europeo de Protección de Datos configura un marco robusto —basado en principios como licitud, transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos y reconocimiento expreso de derechos frente a decisiones automatizadas—, en Nicaragua no existen reglas laborales específicas que disciplinen la recopilación, el tratamiento y la conservación de la información generada por sistemas de monitoreo digital. La implementación de herramientas de IA en los entornos laborales sin un marco garantista puede derivar en un uso excesivo o no ético de la información personal, habilitando prácticas de vigilancia desproporcionada, perfilado permanente de conductas o evaluación constante del rendimiento que inciden directamente en la intimidad y en la autonomía de las personas trabajadoras. La ausencia de obligaciones claras de información, de límites materiales al uso de tecnologías intrusivas y de mecanismos efectivos de control y oposición por parte de los trabajadores deja a discreción del empleador el diseño de políticas de supervisión digital, favoreciendo escenarios de opacidad y asimetría de poder lo que pone en duda la efectividad real del derecho a la privacidad en el trabajo y evidencia la necesidad de incorporar garantías específicas que permitan reconducir el uso de datos y de sistemas de IA dentro de parámetros compatibles con la dignidad y la libertad de las personas trabajadoras.

Un tercer ámbito se refiere a la ausencia de criterios sobre responsabilidad algorítmica en la toma de decisiones laborales mediadas por sistemas de IA. La utilización de tecnologías que intervienen en la selección de personal, la asignación de tareas, la evaluación del desempeño o la terminación del contrato, plantea interrogantes complejos acerca de quién debe responder cuando una decisión automatizada resulta errónea, discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales: si el empleador que incorpora la herramienta, el desarrollador del software, el proveedor del servicio tecnológico o, eventualmente, varios de ellos de manera solidaria. Mientras en algunos ordenamientos se comienza a perfilar un debate específico sobre la responsabilidad derivada del diseño, entrenamiento y despliegue de sistemas algorítmicos, en Nicaragua el marco jurídico laboral permanece silencioso respecto de la atribución de responsabilidad por los daños causados por decisiones automatizadas en el ámbito del trabajo. Esta indeterminación favorece zonas de impunidad práctica, en las que ni las empresas usuarias de IA ni los desarrolladores asumen plenamente las consecuencias de resultados injustos, y dificulta que las personas trabajadoras identifiquen con claridad a quién exigir reparación o revisión de la decisión.

Un cuarto ámbito se advierte en la ausencia de políticas articuladas de formación profesional que permitan acompañar, desde el Derecho del Trabajo y las políticas públicas, los procesos de automatización impulsados por la IA en sectores industriales y de servicios⁷⁷. La sustitución o reconfiguración de tareas derivada de la introducción de sistemas inteligentes exige no solo mecanismos de protección frente a la pérdida de empleo, sino también estrategias activas de *reskilling* y *upskilling* que habiliten a las personas trabajadoras para desempeñar nuevas funciones en entornos digitalizados⁷⁸. La gestión de la transición digital no puede descansar exclusivamente

77 CASTRO FRANCO, A., *op. cit.* pág. 196, «El impacto de las nuevas tecnologías en los procesos productivos y el empleo, con el riesgo de que un número nada desdeñable de tareas sean automatizadas y, a la par, puedan generarse nuevos puestos de trabajo, determina la necesidad de proporcionar a las personas trabajadoras una formación especializada, constante, continua y ágil. La formación se erige como una herramienta clave para adquirir destrezas, conocimientos y capacidades en un contexto productivo que precisa de la rápida adaptación de las plantillas a las exigencias del mercado de trabajo».

78 *Ibid.* pág. 200, «Las competencias digitales son fruto de la combinación de conocimientos, habilidades técnicas y actitudes para el uso de las tecnologías para el aprendizaje en el trabajo y la participación en la sociedad. Estas comprenden principalmente cinco tipos: información y

en decisiones empresariales aisladas, sino que requiere del diálogo social y de la concertación como espacios privilegiados para definir políticas de formación continua, reconversión profesional y orientación laboral, capaces de anticipar los impactos de la IA sobre los perfiles ocupacionales y de evitar la consolidación de exclusión. En Nicaragua, la inexistencia de un marco coherente que vincule los sistemas de educación y formación técnica con las demandas emergentes de la economía digital se traduce en una brecha de competencias que agrava la vulnerabilidad de quienes ya se encuentran en posiciones precarias o en sectores de baja cualificación.

4.1. Hacia un marco jurídico laboral nicaragüense adaptado a los desafíos de la inteligencia artificial

La ausencia de reglas específicas sobre transparencia, explicabilidad, supervisión humana, protección de datos personales, discriminación algorítmica y responsabilidad por decisiones automatizadas sitúa a las personas trabajadoras en un escenario de especial vulnerabilidad frente a tecnologías cuyo impacto sobre el empleo y las condiciones laborales puede ser profundo y estructural. Tomando como referencia las experiencias regulatorias en el derecho comparado, se hace necesario avanzar hacia la formulación de reformas que articulen un marco garantista adaptado a las exigencias de la economía digital, lo que implica no solo actualizar las normas sustantivas del Derecho del Trabajo, sino también integrar políticas públicas de formación profesional, transición justa y gobernanza tecnológica que permitan anticipar los efectos de la automatización y asegurar que la innovación se oriente al fortalecimiento —y no a la erosión— de los derechos laborales.

La protección de la privacidad y de los datos personales en el entorno laboral adquiere una centralidad renovada ante la expansión de sistemas de monitoreo digital y evaluación algorítmica del desempeño, cuya capacidad para recopilar, procesar y perfilar información sobre las personas trabajadoras supera con creces los mecanismos tradicionales de control empresarial. En este contexto, resulta

alfabetización digital, comunicación y colaboración, creación de contenido digital, seguridad y resolución de problemas, y se miden en función de tres niveles (ninguna, básicas y avanzadas)».

imprescindible que el ordenamiento nicaragüense avance hacia un marco regulatorio especializado que defina con claridad los límites materiales y procedimentales del tratamiento de datos en el trabajo, incorporando principios como transparencia, finalidad legítima, minimización y supervisión humana. La actualización de la Ley 787/2012 debería contemplar disposiciones específicas para el ámbito laboral — incluyendo obligaciones reforzadas de información previa, evaluaciones de impacto en la privacidad y mecanismos efectivos de oposición— con el fin de evitar prácticas de vigilancia desproporcionada o intrusiva. Las experiencias comparadas, muestran que la exigencia de informar claramente a las personas trabajadoras sobre el funcionamiento, alcance y finalidades de los sistemas de monitoreo, así como la posibilidad de recabar consentimiento válido o establecer bases legales alternativas adecuadamente delimitadas, constituye un estándar mínimo para proteger la autonomía y la dignidad en un entorno crecientemente digitalizado.

La acelerada transformación tecnológica del tejido productivo refuerza la necesidad de una política estatal en materia de formación profesional, concebida como un componente estructural del Derecho del Trabajo en su función de garantía frente a los riesgos de la automatización. A fin de evitar que la sustitución de tareas rutinarias amplíe las brechas de desigualdad existentes, resulta imprescindible que Nicaragua avance hacia un plan nacional de *Reskilling* y *Upskilling* que articule de manera coherente a los actores del sistema educativo, los servicios públicos de empleo y las organizaciones sindicales y empresariales. Este tipo de estrategias, ya recomendadas en la literatura comparada, permiten dotar a las personas trabajadoras de competencias digitales básicas y avanzadas —desde alfabetización tecnológica hasta nociones de análisis de datos, IA aplicada, ciberseguridad o mantenimiento de sistemas automatizados—, facilitando su inserción en ocupaciones emergentes y reduciendo la vulnerabilidad asociada a la obsolescencia de perfiles laborales. Los procesos de transformación digital solo pueden gestionarse adecuadamente cuando la formación continua se integra como eje transversal de las políticas laborales, de modo que la transición no se traduzca en exclusión, sino en oportunidades efectivas de reconversión profesional.

La puesta en marcha del plan referido requiere, además, una arquitectura institucional definida que permita traducir estos objetivos en políticas efectivas. En el caso

nicaragüense, el Instituto Nacional Tecnológico (INATEC) y las universidades deberían asumir un rol nodal en la oferta de programas de formación continua orientados a la transición digital, en estrecha coordinación con los servicios públicos de empleo y las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores. Ello exige no solo ampliar la oferta formativa en ámbitos como competencias digitales transversales, programación, análisis de datos o mantenimiento de sistemas inteligentes, sino también asegurar su accesibilidad mediante esquemas de financiación pública, empresarial y eventuales aportes de la cooperación internacional. La creación de un fondo específico para la innovación formativa y la recalificación laboral —con especial atención a colectivos en situación de mayor vulnerabilidad, como personas trabajadoras rurales, jóvenes y mujeres en sectores de baja cualificación— permitiría articular medidas de acompañamiento activo a la automatización, integrando la dimensión educativa en las políticas de empleo y evitando que la incorporación de la IA se traduzca en un incremento de las desigualdades estructurales en el mercado de trabajo.

La consolidación de un marco jurídico laboral adaptado a los desafíos de la IA requiere también el fortalecimiento institucional de las funciones de supervisión y control, mediante la creación de una autoridad especializada con competencias técnicas y potestades efectivas de fiscalización. En consonancia con las experiencias comparadas resulta pertinente valorar la constitución de una autoridad supervisora de IA en el ámbito laboral, dotada de autonomía funcional y recursos suficientes para evaluar el impacto de estas tecnologías sobre los derechos de las personas trabajadoras. Este organismo tendría entre sus atribuciones la realización de auditorías periódicas de algoritmos utilizados en procesos de selección, asignación de tareas, evaluación del desempeño o terminación del contrato; la verificación del cumplimiento de estándares de transparencia, explicabilidad y supervisión humana; la imposición de medidas correctivas ante prácticas de riesgo; y la emisión de lineamientos técnicos vinculantes que orienten tanto a empleadores como a desarrolladores de sistemas de IA.

La configuración de un Derecho del Trabajo nicaragüense exige reforzar el diálogo social como instancia estructural de gobernanza de la digitalización. No basta con introducir reformas normativas de carácter técnico si estas no se acompañan de

espacios estables de concertación en los que gobierno, organizaciones sindicales y empresariales puedan deliberar sobre el diseño, implementación y evaluación de las políticas vinculadas a la gestión algorítmica del trabajo⁷⁹. En esta línea, resulta pertinente valorar la creación de un consejo nacional para la digitalización del trabajo, concebido como órgano tripartito de carácter consultivo y propositivo, inspirado en las experiencias europeas de concertación social y en las orientaciones de la OIT sobre el futuro del trabajo, el que podría emitir recomendaciones sobre la introducción de sistemas de IA en los procesos productivos, participar en la elaboración de protocolos sectoriales de uso responsable de tecnologías digitales, impulsar cláusulas de transparencia y control algorítmico en la negociación colectiva y promover estrategias de transición justa en los sectores más expuestos a la automatización. De este modo, el diálogo social dejaría de ser un mero mecanismo reactivo frente a los efectos de la innovación tecnológica para convertirse en un instrumento preventivo orientado a asegurar que la digitalización del trabajo en Nicaragua se articule de manera compatible con la dignidad, la igualdad y la efectividad de los derechos laborales.

La consolidación de un marco jurídico laboral adaptado exige, en último término, institucionalizar mecanismos de concertación social que permitan construir respuestas regulatorias legítimas, inclusivas y sostenibles frente a la transformación digital del trabajo. En esta dirección, resulta pertinente la creación de un foro nacional de concertación sobre IA y Trabajo, concebido como un espacio permanente de diálogo tripartito y multiactor destinado a deliberar sobre los impactos de la IA en el empleo, formular orientaciones de política pública y promover estándares comunes

79 TODOLÍ SIGNES, A., *op. cit.* “Democracia en el trabajo”, pág. 231, «De la misma forma que la Ley de prevención de riesgos laborales establece comités conjuntos entre representantes del empresario y delegados de prevención para vigilar e implementar medidas de protección de la salud, se ha propuesto la creación de comités conjuntos para la protección de datos de los trabajadores. Este comité, como órgano permanente, vigilaría el cumplimiento de las normas de protección de datos incluyendo la prohibición de tomar decisiones totalmente automatizadas que afectan a derechos de las personas trabajadoras, al tiempo que debería decidir sobre qué medidas o fórmulas se consideran más idóneas para dar cumplimiento a los derechos y obligaciones derivados del RGPD. En efecto, en la actualidad, el RGPD establece una serie de responsabilidades en la materia, pero deja en manos unilaterales del empresario la elección de cómo dar cumplimiento de las mismas. En este sentido, se ha defendido que sería más coherente con el sistema de relaciones laborales europeo que las decisiones se tomen conjuntamente».

de uso responsable de sistemas algorítmicos en los distintos sectores productivos. La experiencia comparada evidencia que estos órganos de gobernanza colaborativa contribuyen a reducir asimetrías de información, anticipar riesgos y articular estrategias de transición justa en contextos de automatización acelerada. En el caso nicaragüense, la institucionalización de un foro de este tipo permitiría fortalecer la dimensión democrática de la regulación laboral, integrar la voz de los trabajadores en la definición de lineamientos sobre transparencia, supervisión humana y responsabilidad algorítmica, y promover acuerdos sectoriales que orienten la innovación tecnológica hacia la mejora de las condiciones de trabajo.

La adaptación del marco jurídico laboral no puede limitarse a la imposición de obligaciones y prohibiciones, sino que debe incorporar también mecanismos de incentivo que orienten la innovación tecnológica en sentido socialmente responsable. En esta perspectiva, resulta pertinente valorar el diseño de instrumentos fiscales y de fomento que premien a las empresas que integren estándares reforzados de transparencia algorítmica, supervisión humana significativa, protección de datos personales y promoción de empleo de calidad en la implementación de sistemas de IA. Las políticas públicas en la era digital han de articularse sobre una cultura de innovación que incorpore de manera explícita principios de justicia social y sostenibilidad, de modo que la competitividad empresarial no se construya a costa de la erosión de los derechos laborales, sino a partir de su fortalecimiento. En el contexto nicaragüense, podría explorarse la creación de un sello o certificación de innovación tecnológica responsable en el trabajo, otorgado a aquellas organizaciones que acrediten el cumplimiento de criterios verificables en materia de no discriminación algorítmica, respeto de la intimidad en el uso de datos y participación de las personas trabajadoras en los procesos de digitalización. Este tipo de reconocimiento, vinculado a beneficios específicos de carácter fiscal, financiero o reputacional, contribuiría a consolidar un ecosistema productivo en el que la adopción de tecnologías avanzadas se alinee con la tutela efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Para que Nicaragua pueda afrontar de manera efectiva los desafíos que la automatización y la IA plantean en sectores tan diversos como las plataformas digitales de servicios, la industria manufacturera o los servicios financieros, no basta

con enunciar ajustes puntuales del ordenamiento, sino que se requiere una estrategia articulada que combine reforma normativa, políticas activas de empleo y fortalecimiento institucional. El conjunto de lineamientos aquí propuesto —que abarca desde la regulación de la discriminación algorítmica y la delimitación de la responsabilidad por decisiones automatizadas, hasta la actualización del régimen de protección de datos laborales, la puesta en marcha de planes de formación, la creación de autoridades y foros especializados y el diseño de incentivos para la innovación responsable— configura una agenda mínima para reorientar la digitalización del trabajo en clave de derechos. Su implementación permitiría no solo incrementar la resiliencia del mercado de trabajo frente a los cambios tecnológicos, sino también aprovechar las potencialidades de la IA para mejorar la calidad del empleo, reducir brechas estructurales y consolidar un modelo de desarrollo más inclusivo y sostenible.

5. Conclusiones

El análisis de las transformaciones impulsadas por la IA en el mercado de trabajo muestra un escenario ambivalente, en el que conviven incrementos de eficiencia y productividad con riesgos evidentes de precarización, exclusión y vulneración de derechos. La reconfiguración organizativa del trabajo, la automatización de tareas manuales y cognitivas y la delegación de decisiones sensibles en sistemas algorítmicos inciden de manera directa en la estabilidad del empleo, en la distribución del poder de dirección y en la efectividad de garantías como la igualdad o la intimidad. En economías con elevados niveles de informalidad y heterogeneidad productiva, como la nicaragüense, estas tensiones se intensifican, toda vez que la capacidad de adaptación institucional y normativa es limitada frente a la velocidad del cambio tecnológico. De ahí que la incorporación de la IA al sistema productivo no pueda contemplarse solo como una cuestión de competitividad, sino como un desafío estructural para el Derecho del Trabajo, que exige anticipar impactos, reforzar los mecanismos de tutela jurídica y asegurar que la transición digital se construya sobre los pilares del trabajo decente y de la justicia social.

El análisis realizado permite afirmar que la IA está operando como un vector de cambio estructural en los distintos sectores productivos, alterando las formas de organización del trabajo, los perfiles de cualificación y los mecanismos de gestión empresarial. La automatización y la toma de decisiones apoyada en *big data* han ampliado las posibilidades de optimización productiva, pero también han introducido nuevos factores de riesgo para los trabajadores, que van desde el desplazamiento ocupacional y la segmentación del empleo hasta la opacidad de las decisiones algorítmicas y la intensificación del control digital.

La cada vez más frecuente incorporación de la IA en el mercado de trabajo pone en evidencia la insuficiencia de los esquemas regulatorios concebidos para modelos productivos propios de etapas anteriores de desarrollo industrial. La reorganización de procesos en sectores como la manufactura, las finanzas, la salud, la agricultura o la logística revela una transición hacia formas de trabajo cada vez más mediadas por sistemas inteligentes, en las que la capacidad de los trabajadores para ejercer sus derechos se ve condicionada por asimetrías de información y por la opacidad de los criterios de decisión. Ello exige repensar las categorías clásicas del Derecho del Trabajo a la luz de fenómenos como la gestión algorítmica del rendimiento, la vigilancia digital intensiva y la fragilización de los vínculos con la seguridad social. La respuesta jurídica no puede limitarse a una adaptación incremental de normas aisladas, sino que debe orientarse a construir un marco coherente que articule transparencia, supervisión humana, formación continua y protección social incluyente, de modo que la transformación tecnológica no profundice las desigualdades existentes, sino que contribuya a reducirlas.

El análisis desarrollado pone de relieve que el ordenamiento laboral nicaragüense se encuentra desfasado frente a los escenarios configurados por la digitalización y la incorporación de sistemas de IA en la gestión del trabajo, pues es un marco normativo concebido para relaciones presenciales, jerárquicas y analógicas resulta insuficiente para disciplinar fenómenos como la toma de decisiones automatizadas, la gestión masiva de datos o la vigilancia digital intensiva. Esta brecha se traduce en amplias zonas de incertidumbre jurídica en materias tan sensibles como la protección de la intimidad, la igualdad de trato o la estabilidad en el empleo, y refuerza las asimetrías de poder entre empleadores y personas trabajadoras en contextos donde los

algoritmos pasan a desempeñar un papel decisivo en la selección, organización y evaluación del trabajo.

Las experiencias comparadas muestran, que no se parte de un terreno completamente inexplorado. La evolución reciente del Derecho del Trabajo en algunos ordenamientos —particularmente en el ámbito europeo— permite identificar un conjunto de estándares emergentes que giran en torno a la transparencia de los sistemas algorítmicos, la supervisión humana significativa, la limitación de las prácticas de vigilancia intrusiva y el reconocimiento de derechos de información y participación frente a la gestión digital del trabajo. La regulación específica de los algoritmos que inciden en la contratación y en las condiciones laborales, la clasificación de determinados sistemas como de alto riesgo y la introducción de obligaciones de auditoría y rendición de cuentas constituyen manifestaciones concretas de una tendencia orientada a reconducir la innovación tecnológica dentro de un marco garantista. Incluso en modelos más fragmentarios, como los desarrollados en determinados estados de los Estados Unidos o en experiencias incipientes de América Latina, comienza a consolidarse la idea de que el uso de IA en el trabajo no puede quedar entregado exclusivamente a la autorregulación empresarial.

Las propuestas formuladas permiten pasar de un diagnóstico de desajuste normativo a la delineación de una respuesta jurídica estructurada frente a los riesgos asociados a la gestión algorítmica del trabajo. El conjunto de lineamientos identificados converge en la construcción de un marco garantista que cierre las principales brechas detectadas en materia de transparencia, explicabilidad y supervisión humana de las decisiones automatizadas, incorporando, además, salvaguardas específicas frente a la discriminación algorítmica y criterios claros de atribución de responsabilidad por los daños derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial. Con ello, se refuerza la función tuitiva del Derecho del Trabajo y se ofrece una base normativa para reequilibrar las asimetrías de poder que se profundizan cuando los algoritmos pasan a intervenir en la selección, organización y evaluación del trabajo.

Al mismo tiempo, los lineamientos propuestos insisten en que la adaptación del ordenamiento no puede agotarse en la producción de nuevas reglas, sino que exige una política pública articulada en torno a la formación profesional, la transición justa

y el fortalecimiento institucional. La configuración de planes nacionales de *reskilling* y *upskilling*, la activación de una oferta sistemática de formación continua, así como la creación de una autoridad especializada en IA y trabajo, apuntan a una concepción dinámica de la tutela laboral, capaz de anticipar impactos y acompañar los procesos de automatización en sectores industriales y de servicios. A ello se suma la institucionalización de espacios estables de diálogo social y de foros tripartitos y multiactor, concebidos como instancias de gobernanza colaborativa en las que se definan estándares de uso responsable de sistemas algorítmicos, se reduzcan las asimetrías de información y se articulen estrategias de transición que incorporen la voz de las personas trabajadoras.

Finalmente, la introducción de mecanismos de incentivo —como instrumentos fiscales de fomento y certificaciones de innovación tecnológica responsable— revela que la orientación de la inteligencia artificial en sentido socialmente inclusivo no depende solo de la imposición de prohibiciones y sanciones, sino también de la creación de marcos que premien a quienes integran en su gestión empresarial principios de justicia social, no discriminación, respeto a la intimidad y promoción de empleo de calidad. De este modo, se perfila una agenda de reforma que no enfrenta de manera abstracta la expansión de la IA, sino que la reconduce hacia un modelo de desarrollo productivo compatible con la dignidad en el trabajo, la igualdad material y la reducción de las brechas estructurales del mercado laboral nicaragüense, en coherencia con el horizonte de trabajo decente y justicia social que inspira las conclusiones generales del estudio.

Bibliografía

- ALEMÁN-MADRIGAL, L. E. (2025c). Las nuevas tecnologías: abordando los retos de las inteligencias artificiales y los algoritmos en las relaciones de trabajo. En A. Todolí Signes e I. Beltrán de Heredia Ruiz (Dirs.), *La regulación de la inteligencia artificial y el Derecho del Trabajo. Retos en materia de dirección algorítmica del trabajo*. Aranzadi.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. (2020). *Arcana technicae. El derecho y la inteligencia artificial*. Tirant lo Blanch.

- ARESE, C. (2020). La inteligencia artificial protectora del trabajo decente. *Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2(4).
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2024). Inteligencia artificial y relaciones laborales: límites a la gestión algorítmica del trabajo a la luz de la nueva legislación europea sobre inteligencia artificial y trabajo en plataformas digitales. En M. E. Cuadros Garrido y A. Selma Penalva (Dir.), *Inteligencia artificial y formas de trabajo emergente*. COLEX.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2020). El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (Dir.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*. Thomson Reuters Aranzadi.
- DE CASTRO MEJUTO, L. F. (2018). La tecnología en las relaciones laborales. Los poderes del empresario y sus límites. En L. Mella Méndez (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*. Wolters Kluwer.
- ERCILLA GARCÍA, J. (2024). Robots inteligentes y pérdida de empleo. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, (117).
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2023). Inteligencia artificial y discriminación en el trabajo. En A. M. Romero Burillo (Dir.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*. Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA GARCÍA, A. (2024). El derecho del trabajo frente al (des)equilibrio de poderes de la relación laboral reforzado por el uso empresarial de la inteligencia artificial. *Revista de Derecho UNED*, (33).
- GARCÍA QUIÑONES, J. C. (2023). Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, (167).
- GIL OTERO, L. (2023). El impacto de la inteligencia artificial en las categorías clásicas del derecho del trabajo. En C. Alonso Salgado, A. Valiño Ces y A. Rodríguez Álvarez (Dir.), *Derecho, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*. Dykinson.
- GOÑI SEIN, J. L. (2019). Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo. *Documentación Laboral: Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2(117).

- GUILLÉN PAJUELO, Á. (2024). El Reglamento europeo de inteligencia artificial y sus derivadas laborales: una especial referencia al uso de algoritmos en la extinción del contrato de trabajo. *Revista de Derecho Laboral vLex*, (12).
- INSTITUTO NICARAGÜENSE DE SEGURIDAD SOCIAL. (2023). *Anuario estadístico 2022*. Instituto Nicaragüense de Seguridad Social.
- LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (2018). Los trabajadores que prestan sus servicios a través de plataformas digitales: aportaciones de la Loi Travail N.º 2016-1088. En L. Mella Méndez (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*. Wolters Kluwer.
- MARIANI, K., y VEGA LOZADA, F. (2023). The use of AI and algorithms for decision-making in workplace recruitment practices. *Journal of Student Research*, 12(1).
- MARTÍN RIVERA, L. (2024). La inteligencia artificial y la gestión algorítmica aplicadas a las relaciones laborales: de la legislación española a la Ley Europea de Inteligencia Artificial. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(4).
- MERCADER UGUINA, J. R. (2020). Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, (63).
- MERCADER UGUINA, J. R. (2022). *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*. Tirant lo Blanch.
- MONTES ADALID, G. M. (2024). El impacto de la digitalización y de la inteligencia artificial en la privacidad de los trabajadores: desafíos y soluciones. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(1).
- MONTOYA MELGAR, A. (2020). Poder de dirección y videovigilancia laboral. En E. Monreal Bringsvaerd, X. Thibault Aranda y Á. Jurado Segovia (Coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de derecho del trabajo)*. Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ RUIZ, A. B. (2024). Los sistemas automatizados de reconocimiento de emociones en el trabajo en el reglamento europeo de inteligencia artificial. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 5(extraordinario).

- PÉREZ AMORÓS, F. (2024). Derecho de información algorítmica de los representantes de los trabajadores en la empresa. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 12(4), 140–181.
- PLAZA PENADÉS, J. (2023, mayo). Claves del futuro Reglamento (Ley) de Inteligencia Artificial de la UE. *Dossier. Las claves de la futura Ley de Inteligencia Artificial Europea*.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (2022). Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades? *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (253).
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (2025). El Reglamento europeo de inteligencia artificial: una primera valoración sobre su (limitado) impacto laboral. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, 4(1).
- SÁNCHEZ PÉREZ, P. (2020). Una mirada a los presupuestos clásicos para calificar jurídicamente la prestación a través de plataformas digitales. *Trabajo y Derecho*, (72).
- SCHWAB, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Deusto.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M. (2024). Apuntes sobre las nuevas leyes "históricas" en el actual marco normativo de la UE sobre la gestión algorítmica, la inteligencia artificial y el impacto de los derechos humanos en las empresas. *Cielo Laboral*, (3).
- TODOLÍ SIGNES, A. (2017). El trabajador en la «Uber Economy»: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, (25).
- TODOLÍ SIGNES, A. (2024). Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, (extraordinario 2).
- USHAKOVA, T. (2018). De la máquina al trabajador y viceversa. Un ensayo sobre la implicación de las nuevas tecnologías en el mundo laboral. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6(1).
- VILLABELLA ARMENGOL, C. M. (2009). *Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica* (3.ª ed.). Universidad Centroamericana.
- WORLD ECONOMIC FORUM. (2025). *Future of jobs report 2025. Insight report*. World Economic Forum.

Referencias electrónicas

- AVELAR, B. (2026, 14 de abril). Bukele cede a la IA de Google la gestión médica en El Salvador: "Estamos creando el mejor sistema del mundo". *El País*. <https://elpais.com/america/2026-04-15/bukele-cede-a-la-ia-de-google-la-gestion-medica-en-el-salvador-estamos-creando-el-mejor-sistema-del-mundo.html>
- AGOTE, R., y ARRIOLA, A. (2024). Claves del régimen jurídico de los sistemas de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales en España. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, (3). <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2024.i03.04>
- ALEMÁN-MADRIGAL, L. E. (2025a). *La calificación jurídica de la prestación de servicios en las plataformas digitales: retos y propuestas en el Derecho del Trabajo* [Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca]. GREDOS. <https://gredos.usal.es/xmlui/handle/10366/166505>
- ALEMÁN-MADRIGAL, L. E. (2025b). *La calificación jurídica de la prestación de servicios en las plataformas digitales: retos y propuestas en el Derecho del Trabajo*. Ediciones Universidad de Salamanca. <https://doi.org/10.14201/OVIO471>
- ARAGÜEZ VALENZUELA, L. (2022). La configuración del algoritmo digital, vacíos de justicia y principales desafíos para el Derecho del Trabajo. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 7(1). <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.02>
- CASTRO FRANCO, A. (2025). La formación permanente como herramienta de adaptación a la digitalización: ¿mito o realidad? *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, (53). <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.27114>
- CORRALES BONILLA, J., RIBEIRO, N., y ROQUE GOMES, D. (2022). Las competencias exigidas a los trabajadores de la Industria 4.0: Cambios en la gestión de personas. *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 40(1). <https://dx.doi.org/10.5209/crla.72383>
- CUADROS GARRIDO, M. E. (2017). *Nuevas tecnologías y relaciones laborales* [Tesis de doctorado, Universidad de Murcia]. DIGITUM. <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/55485/1/TESIS%20ELISA%20CUADROS%20GARRIDO%20PARA%20IMPRESION%20.pdf>

- GIL PÉREZ, M. E. (2024). El derecho a la desconexión digital y su tratamiento jurídico. *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, (52), 390-416. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.27027>
- LOAYZA VILLANUEVA, S. E. (2025). Desafíos y oportunidades jurídicas de la inteligencia artificial en el ámbito laboral: hacia una regulación equitativa y responsable. *Laborem*, 24(31). <https://doi.org/10.56932/laborem.24.31.6>
- MACÍAS GARCÍA, M. del C. (2024). La intervención de las tecnologías digitales en la gestión de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 14(1). <https://doi.org/10.46661/lexsocial.9647>
- MARÍN ALONSO, M. I. (2025). Inteligencia artificial y lugar de trabajo: hacia la "gestión desalineada" del trabajo en España y la Unión Europea. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 22(42). <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2026.42.20404>
- MERCADER UGUINA, J. R., y VELASCO PARDO, B. (2025). El impacto en lo laboral del reglamento de inteligencia artificial. *Revista Derecho Social y Empresa*, (23). <https://doi.org/10.18172/redsye.6715>
- MinCiencia. (s. f.). *Proyecto de ley que regula los sistemas de IA*. <https://www.minciencia.gob.cl/areas/inteligencia-artificial/Inteligencia-Artificial/Proyecto-Ley-regula-sistemas-IA/>
- OJEDA AVILÉS, A. (2021). Desconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (464). <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2492>
- Organización Internacional del Trabajo. (2024, 20 de febrero). *Desafíos y oportunidades que plantea la digitalización*. <https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-05/GB350-HL-1-%28Rev.%201%29-%5BRESEARCH-240219-001%5D-Web-SP.pdf>
- PÉREZ AMORÓS, F. (2025). Aspectos laborales del Reglamento (UE) 2024/1689 de 23 de junio de 2024 sobre inteligencia artificial. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 10(1). <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2025.i01.01>
- RÁZURI VARGAS, C. A. (2023). ¿Avanzamos hacia un trabajo decente? La inteligencia artificial como herramienta de mejora para el impulso del empleo decente. *Laborem*, 21(28). <https://doi.org/10.56932/laborem.21.28.2>

- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2024). Derecho del Trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas. *TEORDER*, (37). <https://doi.org/10.36151/TD.2024.108>
- SÉRVULO GONZÁLEZ, J. (2025, 1 de noviembre). Así despide Amazon a miles de trabajadores mientras destina miles de millones a la inteligencia artificial. *El País*. <https://elpais.com/economia/2025-11-02/amazon-adelgaza-su-plantilla-para-alimentar-a-la-inteligencia-artificial.html>
- Toyama Miyagusuku, J., y Rodríguez León, A. (2019). Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial. *THEMIS Revista de Derecho*, (75). <https://doi.org/10.18800/themis.201901.018>

Cómo citar: Alemán-Madrigal, L. E., y López Esquivell, S. E. (2026). La Inteligencia Artificial y el Derecho del Trabajo: retos en la protección de los trabajadores nicaragüenses. *Revista Jurídica del Trabajo*, 7(18), 83-136.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

ARTÍCULOS

La crisis de la carga de la prueba desde la atalaya del proceso laboral

The crisis of the burden of proof from the vantage point of labour proceedings

Fecha de envío: 30/03/2026 – Fecha de aceptación: 15/05/2026

José Antonio Díaz Cabiale

Universidad de Granada

dcabiale@ugr.es

RESUMEN: El proceso laboral constituye, por la naturaleza de la relación jurídica enjuiciada y sus implicaciones en materia probatoria, un lugar privilegiado para calibrar la vigencia de la carga de la prueba, cuya utilidad ha sido puesta en duda. Después de matizar, jurisprudencial y doctrinalmente, dicha institución en sus dos vertientes, y tras realizar unas precisiones esenciales sobre la situación subjetiva, se dedica especial atención, dentro de la regla de juicio, al fenómeno, indebidamente conocido, como inversión de la carga de la prueba, de especial trascendencia en el proceso laboral. Alcanza singular trascendencia la modulación de la regla de juicio cuando, alegada la lesión de un derecho fundamental, se exige la existencia de indicios fundados de aquella, con lo que ello supone a efectos de su control en los recursos extraordinarios, así como determinar si ello es factible cuando se trata del ejercicio del ius puniendi. Además, la garantía de indemnidad permite examinar la posibilidad de la modulación cuando se trata de los derechos fundamentales procesales.

PALABRAS CLAVE: carga de la prueba, inversión de la carga de la prueba, proceso laboral, presunciones, lesión de derechos fundamentales

ABSTRACT: Given the nature of the legal relationship under consideration and its implications for the taking of evidence, labour proceedings provide a prime opportunity to assess the validity of the burden of proof, the usefulness of which has been called into question. After clarifying, both in case law and in legal doctrine, the two aspects of this institution, and after making some essential clarifications regarding the subjective situation, special attention is given, within the rules of procedure, to the phenomenon, incorrectly known as the reversal of the burden of proof, which is of particular significance in labour proceedings. The reversal of the burden of proof takes on particular significance when, following an allegation of the infringement of a fundamental right, the existence of prima facie evidence of such infringement is required, with all that this entails for the purposes of its review in extraordinary appeals, as well as determining whether it also can take place when it comes to the exercise of the right to impose penalties. Furthermore, the right of workers not to face reprisals allows for an examination of the possibility of the reversal of the burden of proof when it comes to fundamental procedural rights.

KEY WORDS: burden of proof, reversal of the burden of proof, labour process, presumptions, violation of fundamental rights

"Iugum enim meum suave est, et onus meum leve", Mt 11:30

1. La crisis de la carga de la prueba: crisis, what crisis?

Aunque en los predios del proceso laboral haya podido pasar desapercibido, recientemente se ha agudizado el debate sobre la crisis de la carga de la prueba¹.

¹ En realidad, el debate no es nuevo, así SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Artículo 1.214", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol. 2, Dir. ALBADALEJO, M., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 43, explica que mientras para ROSENBERG, se trata de "la espina dorsal del proceso civil y un

Algunas de las voces más autorizadas dentro del proceso civil, que es donde aquella cobró carta de naturaleza, han afirmado que se trata de una institución que ha perdido su sentido histórico y utilidad: no existe un deber de las partes de probar los hechos (carga subjetiva); el contenido de la regla de juicio (carga objetiva) se solapa con la valoración de la prueba. La conclusión es que dicha institución carece de trascendencia, con escasa o nula virtualidad práctica, además de encubrir, en ocasiones, la ausencia de una verdadera fundamentación del fallo².

postulado de seguridad jurídica”, MUCIUS SCAEVOLA, tenía una opinión diferente, así este autor (es) mantuvo que “los principios del artículo 1.214, cuyo valor filosófico jurídico no puede negarse, pero cuya importancia práctica es por todas estas razones escasísima” SCAEVOLA, Q.M. (APALATEGUI OCEJO, P; OYUELOS PÉREZ, R.) Código civil, T. XX, rev. MARÍN PÉREZ, P., ed. Reus, Madrid, 1958, pp. 313 y ss.

² Es imprescindible la atenta lectura de los trabajos de NIEVA FENOLL, J., “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debería ser abolida”, *Revista italo-española de Derecho Procesal*, vol. I, 2018, pp. 1-17; y en *Contra la carga de la prueba*, FERRER BELTRÁN, J.; GIANNINI, L.J., Madrid, Marcial Pons, 2019, “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *InDret*, 3/2020, pp. 406 y ss.; “Requiem por la carga de la prueba”, *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. 4, 2022; los trabajos anteriores también se encuentran en pp. 377-454, *Hacia el proceso judicial del Siglo XXII*, tirant lo blanch, Valencia, 2025; “Autopsia de la carga de la prueba”, *InDret*, 3/2025, pp. 430 y ss. Explica (simplificamos, con todas las imprecisiones inherentes, hasta el extremo) que la institución de la carga de la prueba tenía su sentido en el derecho romano, las *legis actiones*, con las fases *in iure* y *apud iudicem*, de suerte que, en la primera, ante el pretor, había que convencer a este de la viabilidad de la pretensión, principio de prueba, para poder pasar a la siguiente; la prueba de una parte no podía beneficiar a la contraria (las dos fases se mantuvieron también en el procedimiento formulario, pero no en el principado en la *cognitio extra-ordinem*, GARCÍA GARRIDO, M., J., *Derecho privado romano*, Dykinson, Madrid, 1991, pp. 205 y ss). De ahí, el deber o carga (subjetiva) de la prueba. Este modelo del *ius commune*, junto a la valoración tasada, desaparece en los países del *Civil Law* a partir del S. XIX, reforzándose la oralidad, además de adoptarse la libre valoración de la prueba, que había resurgido en Inglaterra, y asumir el principio de adquisición, por lo que pierde el sentido, histórico, la carga subjetiva. Por el contrario, en los países del *Common Law*, se mantiene la estructura bifásica, *pretrial* y *trial*, pero en ellos la *burden of production* (carga subjetiva, en el *pretrial*, hipertrofiado en la actualidad y con un juez activo: indica a la parte qué prueba ha de aportar) y la *burden of persuasión* (en el *trial*, juez pasivo, y que se refiere al grado de convencimiento, que es lo originariamente se reputó como carga objetiva en el XIX en el *Civil Law*), se han convertido en un lastre o en un imposible (es imposible medir los estándares de prueba; son intuitivos). LUNA YERGA, A., “Regulación de la carga de la prueba en la LEC En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, *InDret* 04/2003, pp. 2-4, se refiere a las dos facetas de la *burden of proof*, en el mismo

La principal misión del investigador en muchas ocasiones consiste más que en ofrecer respuestas, en formular los interrogantes adecuados. Y esa es la gran virtud de la crítica realizada a la teoría de la carga de la prueba: por un lado, se quiera o no, comporta interrogarse por el sentido y virtualidad práctica del género (en nuestro modelo procesal continental), la situación subjetiva procesal conocida como carga, y por otro, contrastar hasta qué punto la especie, las dos vertientes tradicionales de la carga de la prueba, tienen impacto en la práctica del foro, o resultan ser un mero ornamento teórico/especulativo resultante de la tradición histórica.

Mucho y de gran calidad se ha escrito sobre la carga de la prueba desde hace casi dos siglos, en especial en el proceso civil, por lo que en un trabajo de estas características resulta imposible abordar exhaustivamente dicha institución³. Ahora bien, sí es factible exponer aquellos elementos más decisivos para constatar su vigencia con la óptica del proceso laboral y de ahí extrapolar las oportunas conclusiones. En cualquier caso, conviene aclarar que nuestro trabajo tiene un indudable sesgo histórico: la carga de la prueba se estudia bajo el prisma, como una subespecie, de la situación subjetiva genérica conocida como carga, muy posterior al concepto histórico de la primera y que, necesariamente, modifica su sentido (al

sentido GOMEZ POMAR, F., "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", *InDret* 1/2001, pp. 4-6. En cualquier caso, aunque la *burden of production* consiste, como se señaló, en "*the obligation to present evidence to the judge or jury*" o un "*duty of introducing sufficient evidence to have the relevant issue considered by the court*", algunas de sus definiciones la emparentan, remotamente, al concepto de carga en el *civil law*: "*The burden of producing evidence on an issue means the liability to an adverse ruling (generally a finding or directed verdict) if evidence on the issue has not been produced. It is usually cast first upon the party who has pleaded the existence of the fact (...)*" RICHARDSON JOHNSON, J.; STACKPOLE, D.Y., *Evidence Benchbook-Revised Edition*, Michigan Judicial Institute, 2026, https://www.courts.michigan.gov/4a271f/siteassets/publications/benchbooks/evidence/evidenceresponsivehtml5.zip/Evidence/Ch_1_General/Burdens_of_Proof__47_Persuasion_and_Production.htm; *Criminal law*, 2015, University of Minnesota Libraries Publishing, <http://open.lib.umn.edu/criminallaw/>; BLACK'S LAW DICTIONARY, 12th ed., GARNER, B.A., Chief Ed., Thomson Reuters, 2024, pp. 196-197, la razón es que, a pesar de su radical diferencia, la *burden of proof* (en sus dos variantes), conserva elementos concomitantes con el concepto de carga subjetiva elaborado a partir del XIX en el *civil law*: libertad, ausencia de sanción, pérdida de expectativas de una resolución favorable.

³ Una bibliografía muy completa puede verse en el excelente trabajo de RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba en supuestos de discriminación*, Valencia, 2020.

menos el de la carga subjetiva)⁴, aunque sigue planteando el dilema de su utilidad práctica.

2. La idoneidad del proceso laboral para repensar la utilidad de la carga de la prueba

Para el observador más desprejuiciado resulta que el campo de prueba más idóneo para constatar la crisis y/o realidad (el impacto práctico) de la institución que nos ocupa es el proceso laboral, por las siguientes razones:

1. De entrada, la iniciativa del tribunal laboral, incluida en la práctica de la prueba, la derogación parcial del principio de aportación de parte, art. 216 LEC, es superior a la prevista en el proceso civil dispositivo (con la excepción de las acciones individuales en materia de consumidores)⁵, lo que impacta necesariamente en la conocida como carga subjetiva de la prueba.

2. Mas el elemento decisivo al efecto que nos interesa, es la otra vertiente de la institución, la carga objetiva o material, la regla de juicio. Y dentro de ella la conocida erróneamente como inversión de la carga de la prueba. Y es que, en atención a la naturaleza de la relación jurídica enjuiciada, no existe un orden jurisdiccional en el que dicho fenómeno acontezca con tal asiduidad: los procesos por despido, incluidos los colectivos, los accidentes laborales, la impugnación de sanciones, la alegación de discriminación o lesión de derechos fundamentales, modificación sustancial por ETOP...

Hasta tal punto cobra importancia cuantitativa el fenómeno descrito, que es factible que en un mismo proceso coexistan varias inversiones respecto del mismo litigante,

⁴ Por eso, hasta el S. XIX se hablaba de obligación de la prueba o *necessitas probandi*, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2012, p. 94.

⁵ Realidad reconocida desde siempre, así, por ejemplo, CABRERA BAZÁN, J., "La prueba en el proceso de trabajo", *Revista de Política Social*, núm. 82, abril-junio 1969, pp. 48-51; SANZ TOME, F., "Notas sobre la prueba en el proceso laboral (I)", *Revista de Política Social*, N.º 123, 1979, pp. 98-100, aunque se reconoció cierto acercamiento con la LEC y la existencia de cierta iniciativa probatoria en esta (tildada de "polémica"), GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "La prueba en el proceso laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Relaciones Laborales*, N.º 12, Sección Doctrina, Quincena del 16 al 30 Jun. 2001, pág. 817, tomo 1, LA LEY.

algunas con diferente intensidad⁶. Y ello con independencia de que también pueda acontecer, excepcionalmente, que coexista el juego habitual de la regla de juicio junto a su modulación en ciertos supuestos de acumulación subjetiva o litisconsorcio voluntario, en los que junto a la responsabilidad de la empresa también se exija la de otro sujeto privado desvinculado de la relación laboral⁷.

3. De hecho, como se va a comprobar inmediatamente, cuando se trata de la lesión de los derechos fundamentales, una cuestión capital en la normativa laboral, la inversión de la carga de la prueba es de especial trascendencia: se formula genéricamente, pero, a la vez, se exige aportar indicios fundados para que acontezca la modulación. Precisamente, este fenómeno, junto a la habitualidad de la inversión,

⁶ Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de accidentes de trabajo y se alega además la lesión de un derecho fundamental (de la misma manera acontece si en un proceso por despido se acumula la pretensión de aquella lesión o si se acciona frente a la sanción impuesta por el empresario), o, a la inversa, si se opta por el proceso de tutela de los derechos fundamentales en el marco de un accidente de trabajo (algo que no es factible a tenor del art. 184 LJS en los otros supuestos señalados).

⁷ Es lo que acontece, si, *e.g.*, se acumula a la pretensión frente a la empresa, la acción contra otro sujeto que concurrió a la lesión del derecho fundamental, art. 2.b) LJS. En el caso de los accidentes de trabajo el art. 96.2 LJS, extiende la inversión a "los concurrentes en la producción del resultado lesivo", PILLADO GONZÁLEZ, E., "La prueba (I)", *Derecho procesal laboral*, Coord. ROMERO PRADAS, M.I., tirant lo blanch, Valencia, 2025, p. 347; VV.AA., *Manual de derecho procesal laboral*, MONEREO PEREZ, J.L. (Dir.), Dir., Tecnos, Madrid, 2020, p. 249; STSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 3716/2020 de 24 Sep. 2020, Rec. 185/2020, ECLI: ES:TSJGAL:2020:5446, FD Segundo; STS de 30 de octubre de 2012, Sala de lo Social, Rec. n.º 2692/201, ECLI:ES:TS:2012:7900, FD Cuarto, y STSJ Canarias (Sede en Las Palmas), de 20 de enero de 2022, Sala de lo Social, Rec. n.º 1016/2021, FD Segundo D); MORENO PÉREZ, J. M. (2022). "El orden social como garante del cumplimiento de prevención (y reparación) de riesgos: vis atractiva, conflictividad incesante pospandemia. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 50/2022, de 19 de enero, y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2022 (rec. 1016/2021)." *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 195-205. CARRILLO LÓPEZ, A., *La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo*, Editorial Universidad de Granada, 2014, pp. 154 y ss. Que el orden social conozca de estos litisconsorcios voluntarios o acumulaciones subjetivas evita los problemas atinentes a la interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia (aunque la responsabilidad del empresario se catalogue de contractual), además de dar sentido a la prohibición de que existan varios procesos coetáneos frente a los deudores solidarios, art. 1144 CC, para eludir pronunciamientos contradictorios (preservar la continencia de la causa).

suscita la necesidad de su control en los recursos extraordinarios laborales (además del amparo) y la necesidad de reexaminar en esa sede, aunque sea externamente, la *quaestio facti* con una intensidad desconocida, salvo en el proceso penal.

Es más, las especialísimas singularidades de la garantía de la indemnidad, incrustada por el TC en el art. 24.1 CE, comportan también la inversión de la carga de la prueba bajo la condición enunciada, suscitando un interrogante esencial: ¿cabe entonces extender esa inversión a los derechos fundamentales de esa naturaleza?

4. Pero, además, a diferencia del proceso civil, en el proceso laboral es moneda común en muchos supuestos la impugnación de un acto administrativo, que ha ido precedida del oportuno procedimiento administrativo, concitando interrogantes esenciales que pasan desapercibidos para el procesalista civil: ¿la figura de la carga, y, más concretamente, la carga de la prueba es una institución exclusivamente procesal?, ¿acaso en el procedimiento administrativo no existe idéntica situación subjetiva? Es más, el constatar que los procedimientos administrativos no cuentan formalmente con una regla de juicio como la que existe en el proceso civil, art. 217 LEC⁸, parece dar pábulo a una de las críticas enunciadas a la teoría de la carga de la prueba: al consagrar, la regla de juicio, una realidad elemental, el proceso puede sobrevivir sin la misma.

A ello ha de sumarse el valor probatorio privilegiado que el ordenamiento atribuye a ciertas actuaciones documentadas de la Administración, incluso cuando se hace valer el *ius puniendi*, y que, a la postre, como se verá, consiste en una fijación provisional o *sub conditione* de los hechos allí reflejados, al igual que sucede con el fenómeno conocido como la inversión de la carga de la prueba, lo que suscita la cuestión del parentesco entre ambas figuras, o con otras que provocan el mismo efecto jurídico.

⁸ Al margen de lo que se pueda decir respecto de la asimetría de la situación del tribunal, sometido a la prohibición del *non liquet*, arts. 24.1 CE, 1.7 CC, 11.3 LOPJ y a las anejas responsabilidades administrativas y penales en caso contrario, en comparación con la del órgano administrativo, sometido al deber de resolver el oportuno procedimiento, art. 21 L 39/2015, y a la responsabilidad disciplinaria en el supuesto inverso, art. 21.7 LPACAP, L 39/2015.

3. El punto de partida: la necesidad de distinguir los dos elementos que integran la carga de la prueba

El problema finisecular de la carga de la prueba consiste, como ha destacado la mejor doctrina desde un primer momento, en presentar en un plano de igualdad los dos elementos inextricables, pero asimétricos, art. 217.1 a 3 LEC, que integran dicha institución. Dos ámbitos que incluso, aparentemente, se distinguirían en el plano legal: la carga subjetiva o formal (los hechos que las partes están interesados en fijar para obtener un pronunciamiento favorable, art. 217.2 y 3 LEC) y la carga objetiva o material (el sentido del fallo que el tribunal debe dictar ante la incerteza de ciertos hechos, art. 217.1 LEC).

Tan abismal es, como se va a insistir, la diferencia de entidad entre ambos aspectos que puede concluirse que lo decisivo es la regla de juicio⁹, el segundo aspecto, que se dirige al tribunal (que no constituye carga alguna), mientras que el primer elemento, la carga subjetiva, no es más que una consecuencia del primero, y que además es relativo o contingente: los hechos se pueden fijar no solo por la conducta desplegada por la parte interesada en su prueba. Es más, a diferencia de la regla de juicio que se tutela *per se ipsa*, la carga subjetiva carece de dicha aptitud, *infra*. Por eso, la distinción normativa señalada no deja de ser un artificio: el apartado 217.1 LEC no indica al tribunal cuál es el contenido del fallo que debe dictar, sino que, redundante e inexactamente¹⁰, explica que la parte que está interesada en probar los hechos que le favorecen obtendrá un fallo desfavorable si aquellos no se fijan: únicamente en los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC se estipula la regla de juicio (general), indebidamente conocida como carga objetiva o material.

Por eso, a efectos de calibrar la efectiva crisis de la institución, es imperativo insistir en dicha distinción, porque la virtualidad práctica de uno y otro elemento es tan diferente como su distinta naturaleza.

⁹ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba op. cit.*, pp. 150-157.

¹⁰ Por cuanto aun cuando no se fijen (resulten inciertos) los hechos que favorecen al demandado, no será condenado si no se declaran probados los hechos constitutivos (aunque sea a través de la modulación de la regla de juicio).

3.1. El elemento decisivo de la carga de la prueba: la regla de juicio que se dirige al tribunal para impedir el non liquet

Lo trascendental a efectos de la seguridad jurídica, como se explicará, en la institución de la carga de la prueba es la regla de juicio que indica al tribunal cuál es el sentido del fallo en el supuesto de que exista incerteza sobre la cuestión debatida, a partir de la cuatripartita división de los hechos principales que integran la *quaestio facti*.

Como se dirige al tribunal, no existe la situación subjetiva de la carga (el tribunal no obra jamás, libremente, en aras de un interés propio para tener la expectativa de una resolución favorable¹¹). Se trata de un deber para el juzgador contenido en una norma procesal, imperativa, como la inmensa mayoría de las normas que pueblan el derecho público.

Es, como se comprenderá, el elemento esencial de la institución de la carga de la prueba. No hace falta de insistir en que la regla de juicio como herramienta necesaria para que el tribunal se pronuncie sobre la cuestión debatida, incluso ante la falta de certeza sobre la realidad de los hechos debatidos, constituye una manifestación elemental, la más decisiva, de la tutela judicial efectiva, art 24.1 CE, que integra en sí la prohibición del *non liquet* ya reflejada en el art. 1.7 Cc y ulteriormente en el 11.3 LOPJ¹². Y de esta suerte se resalta la notoria impropiedad de la denominación genérica de la institución que nos ocupa: la carga de la prueba. Precisamente por eso, el legislador incluye el art. 217 LEC, carga de la prueba (de aplicación supletoria al proceso laboral), al regular el contenido de la sentencia¹³. Por tratarse de una cuestión notoria, nos

¹¹ “Existe, por consiguiente, para el juez un **deber** formal **de obrar**, no una merca carga”, KISCH, W., *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. L. PRIETO CASTRO, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1940, p. 18. Sobre la dualidad de la carga material y formal en el proceso laboral, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La carga de la prueba en el proceso laboral español”, <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem8-85-117.pdf>, pp. 87-91.

¹² GARCÍA-CUERVA GARCÍA, S., “Las reglas generales del onus probandi”, *Objeto y carga de la prueba civil*, Dirs. PICÓ I JUNOY, J.; ABEL LLUCH, X., J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 49 y 50.

¹³ Sección 2ª, “De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos”, del Cap. VIII, “De las resoluciones procesales”, en el Tit. V, “De las actuaciones judiciales” (*rectius*: procesales), del Libro I.

limitamos a recordar que en ese precepto se señala, atendiendo a la disponibilidad y facilidad probatoria:

a) cuál es el sentido del fallo que debe dictar el tribunal a tenor de la falta de certeza de los hechos que debe probar (*rectius*: favorecen) a cada parte (demandante: hechos constitutivos; demandado: impeditivos, extintivos y excluyentes), art. 217. 1 a 3 LEC;

b) que esa regla de juicio se altera o modula:

b.1. Por expresa disposición del legislador:

– En el propio art. 217 LEC: señalándose expresamente en el precepto dos hipótesis: los supuestos de competencia desleal y publicidad ilícita, así como los casos de discriminación sexual¹⁴, aunque en este último caso: para que opere la modulación hace falta que se aporten indicios de aquella, si bien el tribunal, a esos efectos puede recabar informes de organismo públicos, art. 217.4 y 5 LEC.

– En otras disposiciones singulares, art. 217.6 LEC, como puede ser el art. 147 en la LGDCU, RDL 1/2007, para los prestadores de servicios a consumidores, o el art. 30 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación de igualdad¹⁵..., *infra*.

b.2. Cuando el tribunal así lo entienda necesario, a tenor de la disponibilidad y facilidad probatoria, en supuestos puntuales, art. 217.7 LEC¹⁶.

¹⁴ Que recoge la previsión genérica contenida en el art. 66 L 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

¹⁵ Solo excluye los procesos penales y los administrativos sancionadores y los derivados y medidas adoptadas cuando se trata de normas de organización, convivencia y disciplina de centros docentes, art. 30.3. Respecto a los antecedentes legislativos de esta norma, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “La carga de la prueba en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: algunas consideraciones críticas desde la óptica del proceso civil”, Diario La Ley, Nº 10131, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2022, LA LEY 7764/2022.

¹⁶ Un criterio que no figuraba ni en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, art. 211, ni en el proyecto de ley de enjuiciamiento civil, aprobado el 30 de octubre de 1998, art. 219, que sí incluyó la modulación de la regla de juicio en los supuestos de publicidad ilícita y competencia desleal. Por el riesgo de arbitrariedad, haciendo referencia a la LEC y a otros países, se muestra contrario VERDE, G., “Attualità del principio dell’onere della prova”, *Il Processo* – 3/2024, pp. 625-651. [L’avere, così, trasformato l’art. 2697 in una sorta di flessibile norma di indirizzo è il segno

3.1.1. La regla de juicio en la LJS

Como también es conocido, dicho precepto, art. 217 LEC, resulta de aplicación supletoria en el proceso laboral, art. 4 LEC, singularmente las previsiones contenidas en los apartados 1 a 3 (la regla general), y su modulación por parte del tribunal cuando así lo estime preciso por las razones señaladas, apartado 7, por cuanto las previsiones singulares a que se refiere el apartado 6 son las que se contienen precisamente en la legislación procesal laboral, y también en la sustantiva de dicha naturaleza.

Efectivamente, la LJS se limita a contemplar, en el art. 96.1 LJS¹⁷, bajo una rúbrica genérica, “Carga de la prueba”, un aspecto específico de la regla de juicio, su modulación, y solo para ciertos casos, al margen de los otros supuestos específicos que se contemplan en las modalidades procesales, en el art. 96 LJS.

También es evidente, por el tenor literal de su contenido, que el art. 96.1 LJS, a pesar de su rúbrica, atañe no solo a la prohibición de discriminación, sino que incluye toda hipótesis de lesión de derecho fundamental que se alegue, siempre que existan indicios fundados de aquella, en concordancia con el art. 181.2 LJS¹⁸. Además, ha de

dell'attuale disordine ordinamentale nel quale il giudice “sottoposto alla legge” tende a “fare la legge” e, quindi, a sostituirsi al “re”]. Se refiere a la regulación del *Codice Civile* italiano y la regulación del *onere della prova*.

¹⁷ “Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo”, en la Sección 3.ª “De las pruebas”, Capítulo II, “Del proceso ordinario”, del Libro Segundo, “Del proceso ordinario y de las modalidades procesales”, en claro seguidismo, también sistemático, del art. 96 (que solo contemplaba el supuesto de la discriminación por razón de sexo) del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, Ley de Procedimiento Laboral, como igualmente hacía el homónimo del Texto Refundido de 1995, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Habría que esperar al art. 40.º Ley Medidas Fiscales, Ley 62/2003, de 30 de diciembre, para que se sumara el participio “fundados”, además de añadir otros supuestos de discriminación: “origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Una exposición de la jurisprudencia sobre la responsabilidad y la carga de la prueba en los accidentes de trabajo puede verse en STS Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 4 May. 2015, Rec. 1281/2014, ECLI: ES:TS:2015:2827, FD Cuarto. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba en los procesos...*, op. cit., pp. 271-303, analiza el precepto y su evolución.

¹⁸ Es verdad que en el art. 181.2 LJS se especifica que será en el acto del juicio cuando el demandado se oponga a la fijación provisional de los hechos, lo que es consecuencia de la ausencia de

tenerse presente que dicho precepto ha de completarse con las previsiones contenidas en los arts. 217.5 LEC, art. 30 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y art. 66 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que facultan al tribunal para recabar informes o dictámenes a los organismos públicos a efectos de constatar la existencia de la discriminación (sus indicios).

Con independencia de que se pueda discutir la oportunidad de regular la actividad probatoria tras haber desarrollado cronológicamente el proceso ordinario, y antes de abordar la sentencia¹⁹, lo que obliga, frente a la regulación de la LEC, a estipular por separado diversas instituciones probatorias²⁰, lo cierto es que de esta manera se mantiene la tradicional ubicación de la carga de la prueba (aunque no existía en los dos primeros, cronológicamente, textos), dentro de los preceptos destinados a la prueba, tal y como hacía el art. 1214 CC, Cap. V, “De la prueba de las obligaciones”, en el Lib. IV, “De las obligaciones y contratos”, hasta la entrada en vigor de la LEC 1/2000, que conllevó la derogación, salvo ciertos preceptos atinentes a la prueba documental, de la regulación de la prueba del CC.

Ahora bien, a diferencia de la mencionada normativa decimonónica que se centraba en el elemento subjetivo de la institución, el de menor trascendencia, y que acogía dicha figura en el primer precepto de la normativa probatoria, las disposiciones generales, la regulación del proceso laboral, desde 1990, procede de forma inversa: ubica, como se ha señalado, la carga de la prueba (su inversión) como pieza de cierre

contestación a la demanda en el proceso laboral, pero también debe tenerse presente que, a tenor de la última reforma, la prueba documental y pericial se aporta con anterioridad, art. 82.5 LJS *infra*, por lo que el tenor del artículo queda devaluado.

¹⁹ Se trata del mismo esquema que existe desde el Decreto de 4 de julio de 1958 por el que se aprueba el texto refundido del Procedimiento laboral, mantenido en el Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, texto refundido de la Ley de Procedimiento laboral, en Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, y en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

²⁰ Por un lado, la prueba anticipada, art. 78 LJS (en el que se mezcla la anticipación con el aseguramiento de la prueba), y por otro, aspectos del procedimiento probatorio: la admisión de la prueba y la iniciativa del tribunal, art. 87 LJS.

en la regulación de la prueba. Algo que no deja de tener cierto sentido si, como se verá, la inversión de la carga de la prueba no deja de ser una fijación provisional de los hechos constitutivos, supeditada a la inexistencia de prueba en contrario.

3.2. La perspectiva subjetiva: la proyección de la regla de juicio sobre las partes

Consiste en indicar a los litigantes qué hechos han de ser fijados para que exista un pronunciamiento favorable sus pretensiones. Por afectar a las partes, aflora la situación subjetiva procesal que se conoce como carga, y ostenta dos características esenciales: 1) por un lado, no es más que una eficacia indirecta o refleja de la regla de juicio; 2) tiene naturaleza contingente, puesto que la fijación de los hechos que favorecen a una parte se puede producir no solo por su conducta, sino también por la que despliega la parte contraria, la iniciativa del tribunal o, incluso, por la actuación del legislador, mediante una fijación definitiva o provisional a través de presunciones, otorgando determinado valor a ciertas actuaciones documentadas administrativamente, o en determinadas hipótesis para favorecer la tutela del crédito, e incluso modulando la propia regla de juicio. De esta manera, la carga subjetiva no es más que el interés de la parte en probar ciertos hechos que favorecen su pretensión. Evidentemente, a efectos de ponderar el impacto de la crisis o crítica de la teoría de la carga de la prueba, resulta decisivo tener presente la distinción efectuada: si lo decisivo es la regla de juicio, lo que hay que cuestionarse es si esta sigue teniendo sentido y cuál es su virtualidad práctica. Por el contrario, la importancia, teórica y práctica de la carga subjetiva es mucho menor, y el impacto de la crisis en ella también es, correlativamente, de menor relevancia. A pesar de lo reseñado, por razones conceptuales, además de pedagógicas (y terminológicas), el análisis sobre la crisis o vigencia de la carga de la prueba debe comenzar por el elemento de menor trascendencia, que no deja de ser una concreción de la situación subjetiva procesal de la carga.

4. Siete precisiones sobre el concepto de carga (un modesto homenaje a A. Chejov y R. Flanagan)

La carga, como es conocido, es una situación subjetiva procesal explicitada por la doctrina al analizar la naturaleza jurídica del proceso: junto a los derechos y deberes, obligaciones, que existen para las partes, la situación subjetiva más común es la carga²¹: la posibilidad de actuar en el proceso a efectos de tener expectativas de un resultado favorable o de evitar una consecuencia negativa. A la conducta que a esos efectos se despliega se la conoce como levantamiento de la carga.

Singulariza a la carga, en cuanto que situación subjetiva, dos aspectos: el obrar en aras del interés propio y la libertad, por cuanto no se impone sanción alguna si no se levanta, aun cuando se pierda o rebaje la expectativa de un efecto jurídico favorable o, incluso, acontezca una consecuencia procesal negativa²². Precisamente, esa dualidad es lo que hace dudar sobre su naturaleza en tanto que situación de sujeción, pasiva, o positiva, activa²³.

Ya se ha señalado que su génesis se encuentra en el proceso civil, que es el germen de su carta de naturaleza moderna en tanto que situación procesal genérica, más allá de la carga de la prueba. Así, y sin incluir lo atinente a la carga de la prueba, la LEC, se refiere explícitamente a ella en nueve ocasiones²⁴. Frente a ello la LJS, al margen de

²¹ GOLDSCHIMDT, J., *Derecho Procesal Civil*, trad. PRIETO-CASTRO, L., ed. Labor, Barcelona, 1936, pp.203. A partir del reconocimiento del mérito de identificar a la situación subjetiva procesal más genérica, la reducción de la naturaleza del proceso a la de situación jurídica, denostando el concepto de la relación jurídica procesal, recibe diferentes críticas, entre otras, la de "(...) romper la unidad y la individualidad jurídica del proceso, concebido como relación jurídica compleja, en un desmenuzamiento de situaciones jurídicos, (...) consideradas con separación la una de la otra, y aproximadas únicamente en su mecánica sucesión de puro hecho", CALAMANDREI, P., "El proceso como situación jurídica", *Estudios sobre el proceso civil*, trad. SENTIS MELENDO, S., Buenos Aires, 1945, pp. 222-223.

²² La doctrina ha insistido en estas notas, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006, p. 47; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba en supuestos...*, *op. cit.*, pp. 134-143.

²³ En general, a diferencia de la doctrina administrativista *infra*, los procesalistas en la actualidad se inclinan a considerarla como una situación activa, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba en supuestos...*, *op. cit.*, pp. 144-147; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba...*, *op. cit.*, p. 45.

²⁴ Incluyendo desde la situación procesal genérica a la que someten las partes, hasta puntualizaciones más concretas, como la carga de alegar, de determinar la cuantía del pleito, de constatar la autenticidad del documento privado, apartados VI, VII, XI de la Expos. de Motiv. LEC, y arts. 253.2, 326.4, 400 LEC.

las previsiones sobre la carga de la prueba (la modulación de la regla de juicio), solo la menciona expresamente en tres ocasiones, relativas a la carga de las partes de comunicar los cambios de domicilio y datos de localización, apartado VI del Preámbulo y arts. 53.2 y 231 LJS.

Ahora bien, cabría matizar los siguientes aspectos:

4.1. La carga no es una situación subjetiva exclusivamente procesal

El florecimiento y desarrollo de la carga como una situación procesal, no comporta su exclusividad, aunque sea habitual ceñirse a ella, como hace la RAE²⁵. Basta desviar la mirada a la otra serie de actos reglados que sirve para aplicar el derecho y manifestar la voluntad jurídica de la Administración²⁶, el procedimiento administrativo (que en muchos casos precede al propio proceso laboral), para constatar que, junto a derechos y deberes, también allí se brinda la misma posibilidad a los interesados de intervenir²⁷ para defender sus intereses legítimos, en su propio interés, sin que, lógicamente, la omisión de la conducta ofrecida comporte consecuencia negativa alguna.

De hecho, en esta forma de autotutela, carente de las garantías constitucionales que invisten los órganos jurisdiccionales, art. 117 CE, y en la que no juegan los derechos fundamentales procesales, art. 24 CE (a pesar de los titubeos iniciales del TC²⁸),

²⁵ “15. f. Der. En el seno de un proceso, necesidad de realizar determinados actos para evitar que se produzcan perjuicios para la parte.”.

²⁶ “(...) entendido como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración”, apartado II preámbulo LPACAP, L 39/2015.

²⁷ Incoándolo, solicitando actuaciones, alegando y probando, ofreciéndoseles la posibilidad de ser oídos, arts. 66, 75 a 77, 82, LPACAP, así como desplegar otras conductas procedimentales como la recusación, art. 24 LRJSP, L 40/2015...

²⁸ Así ha sucedido también con otros derechos fundamentales procesales, especialmente con la presunción de inocencia, expandida inicialmente a los despidos (disciplinarios), teniendo que admitir finalmente el TC que no puede desnaturalizarse “proyectándose en el ámbito de un procedimiento no jurisdiccional”, como ya empezó a reconocerse en SSTC 6/88, de 21 de enero, ECLI:ES:TC:1988:6, FJ 2º; 81/1988, de 28 de abril, ECLI:ES:TC:1988:81, FJ 2º, entre otras muchas. Por el contrario, la LO 5/2024 del

aunque, singularmente a partir de la CE, se hayan reforzado las garantías de los órganos administrativos y los derechos de los administrados, la mención expresa a las cargas, como situación procedimental, es inexistente; las situaciones subjetivas que se explicitan para los interesados se limitan a los derechos y deberes, art. 53 LPACAP, así como a los deberes y facultades del órgano administrativo. Ello tiene una explicación dogmática²⁹. Ahora bien, la existencia de las cargas en el procedimiento administrativo, e incluso más allá, es indudable³⁰, explícitamente reconocida por la LPACAP, L 39/2015 y la L 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, *infra* en lo que se refiere a la carga de la prueba en los procedimientos sancionadores y la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación.

De hecho, incluso en la órbita del poder judicial y extramuros del proceso, del ejercicio de la potestad jurisdiccional, también la carga es una situación jurídica habitual cuando se trata de los interesados: es lo que sucede, por ejemplo, con los expedientes de jurisdicción voluntaria o el registro civil, y otro tanto cabe decir de la actividad preprocesal investigadora a cargo del Ministerio Fiscal.

derecho de defensa, con ausencia de un mínimo de rigor dogmático, vuelca el contenido del art. 24 CE, a través de aquel derecho, art. 2, también a la actividad administrativa, *infra*.

²⁹ A diferencia del derecho procesal, que necesitaba para justificar su autonomía científica profundizar, entre otros elementos, en la naturaleza del proceso, en el ámbito del derecho administrativo la existencia de un poder público, investido de específicas potestades públicas, y sometido en su obrar a un derecho sustantivo público singular, justificaba más que sobradamente su existencia como disciplina jurídica. Ello no es óbice a que no faltaran las oportunas disquisiciones doctrinales acerca de la naturaleza del procedimiento administrativo (precisamente para, inicialmente, incidir en que el *iter* articulado por el legislador para aplicar el derecho –manifestación de voluntad– no era una realidad exclusivamente procesal). Sin embargo, lo cierto es que las situaciones subjetivas, activas y pasivas, en especial las de los administrados, en las que se centra dicha disciplina son habitualmente las que existen en el plano sustantivo.

³⁰ Frente a las cargas formales o procedimentales, se reconoce también la existencia de cargas sustantivas o materiales, el tener que cumplir ciertos requisitos de fondo para hacer surgir una posición activa (por ejemplo, vacunarse para poder viajar) “Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas”, UTRILLA FERNÁNDEZ–BERMEJO, D., *Manual de Derecho Administrativo*, 3.ª ed.; VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDELLA, M.M., (*dirs.*), Marcial Pons, Madrid, 2025, pp. 193–194, incluyéndoselas en las situaciones subjetivas pasivas, junto a la sujeción, obligación y deber.

4.2. No solo las partes soportan cargas, sino que también, aunque más excepcionalmente, los terceros también son sus titulares

También quiebra la exclusividad de la carga respecto a su titular. Por su propia esencia (obrar para mejorar la expectativa de una resolución favorable o evitar un perjuicio, y la ausencia de sanción), parecería que únicamente las partes son sus titulares, como así refrenda la definición de la RAE referida. Se trata así de la perspectiva tradicional que, al definir la naturaleza del proceso, considera que los integrantes de la relación, o relaciones procesales, así como los titulares de las situaciones subjetivas que existen en ella, son únicamente las partes y el tribunal³¹. Se desdeña de esta manera, habitualmente, a los terceros. En ese sentido, no es de extrañar que los deberes y ciertos derechos de los terceros se regulen, art. 75.2 y 3 LJS, bajo la rúbrica “Deberes procesales de las partes”. Sin embargo, es notorio que los terceros también son titulares de situaciones subjetivas procesales, de hecho, así lo reconoce el legislador, apartado IV Exposición motivos LEC³², como regla general de índole pasiva: soportan deberes y obligaciones, derivadas del deber de colaborar con el poder judicial, arts. 118 CE y 18 LOPJ, y 75.2 LJS, que resulta de la sujeción genérica que existe ante un poder público (referida, impropia, de forma exclusiva frente a la Administración) que, al estar revestido de la oportuna potestad pública, se encuentra en una posición de supremacía frente a los restantes sujetos jurídicos. Suele olvidarse así que los terceros también son titulares, aunque más excepcionalmente, de situaciones activas procesales: ostentan derechos y facultades, como acontece en el proceso de declaración cuando reclaman indemnizaciones u honorarios, o que el

³¹ Así, por ejemplo, “La *relación procesal* constituye como recientemente lo expresara Hellwig por primera vez con toda la decisión deseable, una *relación jurídica* entre el *tribunal*, por un lado, y las *partes*, por otro, y nada más que esto”, GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Justicial Material*, Trad. CATALINA GROSSMANN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 17; “**Sujetos procesales** en este aspecto son el **tribunal** (...); las **partes**: el **actor** o **demandante** y el **demandado**, (...)”, KISCH, W., *Elementos*, *op. cit.*, p. 17.

³² “(...) en función de la realidad de los litigios y de los derechos, facultades, deberes y cargas que corresponden a los tribunales, a los justiciables y a quienes, de un modo u otro, han de colaborar con la Justicia civil.”.

tribunal proclame que no está comprometida su imparcialidad y profesionalidad, o la impugnación actos procesales que les afectan³³... Y todavía es más claro el estatus de ciertos terceros en el proceso de ejecución³⁴, en el que, existen notorios ejemplos³⁵, y ello al margen del proceso concursal, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Cabría argüir que, en

³³ Es el caso de los testigos y peritos en el proceso penal que pueden reclamar indemnizaciones y honorarios a la parte, art. 242 LECrim, por no hablar de los derechos que brinda el estatuto de la víctima aun cuando no se persone, L 4/2105, el derecho a solicitar la oportuna provisión de fondos y reclamar sus honorarios en el caso del perito designado judicialmente en el proceso civil, art. 342 LEC, además de poder reclamar que se proclame al término del proceso la ausencia de fundamento de la tachá, art. 344.1 LEC, el derecho de los testigos a reclamar su indemnización, art. 375 LEC, a lo que habría que sumar el derecho del afectado, que no va a ser demandado o no es parte, a oponerse a las medidas de aseguramiento de la prueba, art. 298.4 y 7 LEC (sin que se pueda alegar la impertinencia o inutilidad de la prueba), así como a impugnar el acceso a las fuentes de prueba acordado en infracciones del derecho de la competencia, arts. 283 bis a) 1, 283 bis f) 3 LEC, además de poder reclamar en esos casos gastos e indemnización de daños, art. 283 bis c) LEC (también existiría, aunque el legislador solo se refiere a la parte, el derecho a reclamar la indemnización de daños y perjuicios cuando se incumple la obligación de confidencialidad, art. 283 bis K LEC), el derecho (de quien no va a ser demandado) a que se sufraguen los gastos generados en las diligencias preliminares, arts. 256.3 y 262 LEC, así como a oponerse a las mismas, art. 260 LEC. De hecho, la LJS regula con carácter general el derecho del perjudicado a impetrar del tribunal su resarcimiento, art. 75.3 LJS.

³⁴ No incluimos como tales los supuestos de extensión de la legitimación activa o pasiva a sujetos que no aparecen en el título o incluso al tercer poseedor, arts. 240 LJS, 221.1, 519.1, 538, 541, 662 LEC, 247 LJS, ni al Fondo de Garantía Salarial –al margen de la previsión genérica de su intervención voluntaria o provocada, art. 23 LJS, como también sucede con las Entidades Gestoras y la Tesorería de la Seguridad Social, art. 141 LJS –, art. 276 LJS, pero sí cuando el tercero solicita la extensión de los efectos de la sentencia de una acción individual, arts. 247 bis LJS y 519.2 LEC, o los representantes de la empresa deudora, art. 252 LJS.

³⁵ Así, *e.g.*, se mencionan “los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial (...)”, art. 632.1 LEC, los derechos de los titulares de derechos posteriormente inscritos a intervenir en el avalúo y actuaciones ulteriores (incluida su participación en la subasta y cesión de remate, art. 647.3 LEC), art. 659.2 LEC, los derechos del depositario al resarcimiento de gastos, anticipos y remuneración, art. 628 LEC...

algunos de los supuestos señalados, la distinción entre tercero y parte no es tan evidente³⁶.

Aun admitiendo esa innegable vecindad en algunos de esos supuestos entre la condición de parte y tercero, es evidente que antes, y al hacer valer, los derechos o facultades reseñadas, el sujeto ostenta la condición de tercero, y es en la condición de tal en la que los ejerce. Pero, al margen, de ello también es notorio que en otros supuestos: 1) en unos casos porque, aun en proximidad con la condición de parte, el sujeto permanece ajeno al proceso y ostenta indubitadamente la condición de tercero³⁷; 2) y en otros de los mencionados porque el sujeto no ostenta, ni por

³⁶ Por ejemplo, las reclamaciones de honorarios, provisiones de fondo o indemnizaciones, podrían considerarse como incidentes en los que se acumula una pretensión en la que el "tercero" se convierte en verdadera parte, como sucede también, por ejemplo, en el caso de las tercerías o la posesión judicial respecto de ocupantes de inmuebles, arts. 675 y 704.2 LEC, o, incluso en la solicitud de extensión de los efectos de una sentencia, arts. 519.2 LEC, 247 y 247 bis LJS. Y, de hecho, también, la distinción entre parte y tercero también podría difuminarse, en la línea que contempla el art. 320 LEC, en otros casos en los que el tercero ostenta verdaderas facultades procesales, como la intervención voluntaria, art. 13 LEC, el planteamiento de la declinatoria por quien puede ser parte, art. 63 LEC, o del incidente de nulidad de actuaciones por quien hubiera debido ser parte, arts. 228 LEC y 241 LOPJ, o impetra, en el proceso de ejecución la extensión de los efectos de la sentencia. En estos últimos supuestos el tercero bien solicita su intervención adhesiva para ser parte o bien pudiendo ser parte o habiendo debido ser parte impugna la jurisdicción o competencia del tribunal, o bien acciona para rescindir la resolución procesal.

³⁷ Por ejemplo: la víctima que no se persona como parte en el proceso penal, el tercero, en especial cuando solo se ostenta un interés legítimo por ser el titular de una relación jurídica con vínculo de prejudicialidad (interviniente adhesivo simple) que se va a ver afectado de forma refleja, pero muy intensa, a quien el tribunal litisdenuncia el proceso, *iussu iudicis*, y no se persona, arts. 150 LEC y 270 LOPJ, 54.2 LJS (homólogo y homónimo del de la LPL 1990 que es, a su vez, precedente de la previsión del texto procesal civil vigente y origen de la desubicación de dicha figura en aquella: regulada en los actos de comunicación en lugar de la intervención provocada), o el mismo supuesto cuando tiene lugar la litisdenunciación prevista singularmente (llamamiento del LAJ) en los arts. 15, 15 ter y 15 *quater* LEC, 23.2, 141.1 LJS (aunque en estos supuesto se trata del interviniente adhesivo litisconsorcial, como también sucede con el art. 155 LJS), y también cuando se extiende la eficacia frente a terceros (ya se trate de un pleito testigo o de quien no litigó), de la sentencia de la acción individual con carácter general en el proceso laboral, y en materia de consumidores en el proceso civil, arts. 86 bis 2, 247 bis y 247 ter LJS, 438 bis.6 y 519.2 LEC.

parentesco lejano, por su desconexión con el objeto del proceso y la consiguiente ausencia de legitimación, la condición de parte³⁸.

En todas esas hipótesis el ejercicio de las facultades o derechos por parte del tercero no deja de ser una conducta desplegada a causa de una carga que, previamente, pesaba sobre él.

4.3. La carga no es una elección u opción del legislador

Aunque se concibe a la carga como situación subjetiva elegida por el legislador, para estimular la conducta de los interesados en defensa de sus intereses, no se trata de una opción voluntaria.

Si cualquier procedimiento, ya sea administrativo o judicial (se ejerza o no la potestad jurisdiccional), consiste en una serie pautada de actos encaminada a aplicar el derecho para tutelar intereses legítimos, no hay duda de que carece de cualquier sentido estipular deberes y obligaciones para conductas específicas en las que se obra exclusivamente en interés propio. Aquellas situaciones pasivas concretan o actualizan la genérica situación de sujeción ante el poder público cuando se exige una conducta en aras de un interés ajeno (del Estado o de los otros sujetos que intervienen en el procedimiento), art. 75.2 LJS. Por el contrario, es imposible imponer sanciones por no obrar únicamente en beneficio propio. Si un poder público obligase a defender el propio interés bajo coacción, estaría apropiándose de la titularidad de este: no puede existir una ilicitud derivada de la pasividad de un interviniente cuando el perjudicado (por la ausencia de un beneficio o la elusión de una consecuencia negativa procesal/procedimental) es únicamente él, porque ello supondría que existe

³⁸ Como acontece, por ejemplo, con el administrador judicial, el licitador en el proceso de ejecución, art. 647 LEC (nos referimos, en el último caso, a su participación como tal, arts. 647 y 648 LEC, porque una vez que resulta ser el mejor postor surgen una serie de deberes, como el de acreditar su representación, art. 647.1.º LEC, completar el precio, art. 649.3 LEC); el tercero titular de derechos inscritos con posterioridad y sin prioridad frente al crédito del ejecutante, los afectados por diligencias preliminares que no van a ser demandados, o, de forma semejante, soportan medidas de aseguramiento o de acceso a las fuentes de prueba, el perito que solicita que se proclame la ausencia de fundamento de la tacha..., a los que se podría sumar la intervención prevista en el art. 15 bis LEC, en calidad de *amicus curiae*.

un interés del poder público superior, la construcción u ordenación del proceso, al del titular del interés legítimo en juego³⁹, dando lugar a una suerte de *fiat processus pereat ius*⁴⁰. Es innegable que los poderes públicos pueden exigir, imponiendo deberes u obligaciones, a los interesados aquellas conductas que sean necesarias para que el procedimiento pueda tener lugar para conformar su voluntad (tutelando intereses generales o intereses legítimos particulares), como sucede habitualmente con los terceros o las partes si deben obrar en interés de la contraria (aunque puedan existir dudas sobre el alcance del deber⁴¹), pero no, evidentemente, cuando ello no es necesario a esos efectos. Precisamente es el caso de quien, exclusivamente en su

³⁹ Eso sucede también cuando el “interés general” se deposita en el M.F., legitimándolo para la defensa de la legalidad, arts. 124.1 y 2 CE, 1 y 6 EOMF, 541 LOPJ, lo que implica un deber genérico de actuar a esos efectos. Ese deber genera, indudablemente, la oportuna responsabilidad disciplinaria 62.9, 63.7 y 8, 64.3 EOMF, o, excepcionalmente, penal, por ejemplo, art. 498 CP, cuando se incumple, obviando, por negligencia grave, las conductas procesales más elementales. Ahora bien, no cabe singularizar la condición de “parte imparcial” del M.F, imponiéndole obligaciones allí donde para las demás partes solo existen cargas. Se trataría, en nuestra opinión, por una parte, de una injerencia inaceptable del legislador en la autonomía funcional del M.F., art. 2 EOMF, pero es que, además, esta suerte de “vigilancia sancionadora” respecto de los actos procesales específicos del M.F., pondría de relieve una titularidad compartida de las acciones o actuaciones que aquel ostenta en exclusividad.

⁴⁰ Teniendo presente que el término *ius* no equivalía en el derecho romano a derecho subjetivo, MEGÍAS QUIRÓS, J.J., “El derecho subjetivo en el derecho romano (un estado de la cuestión)”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n.25 Valparaíso 2003, pp. 35-54, <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552003002500002>.

⁴¹ Precisamente, en materia probatoria existe la tensión de imponer deberes de colaboración con la otra parte, un deber de esclarecimiento respecto de la parte que ostenta la carga de la prueba, como sucede en el proceso norteamericano, reforzado por la reforma de 2015, según la cual las *Federal Rules of Civil Procedure*, https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2025-02/federal-rules-of-civil-procedure-dec-1-2024_0.pdf, deben ser “*employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding*”, *Rule 1, Scope and Purpose (As amended; Apr. 29, 2015, eff. Dec. 1, 2015)*, y más singularmente el *Duty to Disclose* en la pretrial disclosure, y las sanciones previstas a esos efectos, *Rule 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions*. Sobre esta cuestión, y las renuencias a implantar este deber de esclarecimiento en el proceso alemán, y la interpretación restrictiva del parágrafo 142 ZPO, “*Anordnung der Urkundenvorlegung*”, PRUTTING, H., “Presentación de documentos y dirección del proceso”, *Código procesal civil alemán [ZPO]*, PÉREZ RAGONE, A.J.; ORTIZ PRADILLO, J.C., Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2006, pp. 64-67.

propio interés, no comparece en el procedimiento, no alega, no prueba... De hecho, si ni siquiera cabe exigir la permanencia en el procedimiento del titular del interés que se debate, por imponerlo así el derecho al juez imparcial (obligar a ser parte convierte al tribunal en tal, al reemplazar la voluntad del titular del interés en la tutela de este), con contadísimas excepciones (en ciertos procesos no dispositivos civiles el desistimiento queda supeditado no al tribunal sino a la autorización del M.F, art. 751.2 LEC)⁴², con mayor motivo no es dable coaccionarlo, con amenazas de sanciones, a actuar en interés propio. Por eso, las previsiones de la LJS, en cuanto a la imposición de multas por no comparecer a la conciliación, art. 97.3 LJS, preprocesal y procesal⁴³, esta última reforzada por la LO 1/2025, art. 83.3 LJS, las reputamos excesivas, entre otras cosas porque cuando se trata de la conciliación procesal se destruye la carga de la comparecencia del demandado, sancionando la rebeldía⁴⁴. Es, a nuestro juicio,

⁴² De ahí que estimemos inconstitucionales las previsiones de los arts. 19.1 y 450.1 LEC que, cuando se trata de intereses legítimos o derechos subjetivos privados, también lesionan el principio dispositivo.

⁴³ Así, por ejemplo, STS 685/2018, Sala cuarta, 27 de junio de 2018, ECLI: ES:TS:2018:3021, FD Tercero 3.

⁴⁴ Cabría argumentar que, al operar solo la sanción para la incomparecencia a la conciliación ante el LAJ y no en el caso de la ausencia al juicio, existe una dualidad de situaciones subjetivas para el demandado: deber de asistir al MASC procesal/carga de acudir al juicio. Sin embargo, un examen más detallado elimina ese espejismo: una vez presentada la demanda, y si es admitida, acontece la litispendencia, art. 410 LEC, poniéndose el proceso en marcha a la par que se adquiere la condición de demandado. Desde ese momento, el emplazamiento o citación que se le hace genera una carga, salvo que exista un deber u obligación que resultaría de la exigencia de una conducta suya necesaria para el desarrollo del proceso o de satisfacer un derecho de la parte contraria (como la necesidad de practicar una prueba anticipada o asegurar una fuente de prueba antes de contestar a la demanda por escrito u oralmente). Y es evidente que comparecer a un acto de conciliación procesal ante el MASC con carácter previo al juicio no constituye ni uno ni otro caso. Es más, la escisión temporal entre dicha conciliación y el juicio es, habitualmente, mínima, pues se suele acordar su práctica de forma sucesiva, mientras que la práctica anticipada del primero es excepcional, art. 82.2 y 3 LJS (resultado de la LO 1/2025 para agilizar, ROMERO PRADAS, M.I., "Inicio del proceso", *Derecho procesal laboral*, Coor. ROMERO PRADAS, M.I., tirant lo blanch, Valencia, 2025, p. 305). Por eso, resulta un artificio insostenible imponer un deber de practicar una conducta y una carga para la que la sucede sin solución de continuidad: la situación subjetiva pasiva, el deber, absorbe a la carga. Es más, una vez que el demandado ha comparecido ante el tribunal, aunque no conteste la demanda ya no se encuentra en rebeldía (la rebeldía es la falta de comparecencia del demandado ante el tribunal, LAJ o Juez, tras su primer emplazamiento o citación, no la ausencia de contestación; en la actualidad, dada la existencia

suficiente la condena en costas cuando el contenido de la sentencia coincida con el de la papeleta de conciliación, contemplada en los arts. 66.3 y 97.3 LJS⁴⁵. Además, supone implantar un deber cuyo incumplimiento puede comportar unas consecuencias procesales más livianas (multa de seiscientos a seis mil euros –con tope de la tercera parte cuantía del pleito–, art. 75.4 LJS, y no defenderse), a la prevista en aquel otro en el que sigue siendo una carga, el proceso monitorio laboral, y cuya falta de levantamiento implica la condena inmediata (hasta 15.000 euros, art. 101 LJS).

4.4. La carga engloba situaciones jurídicas muy dispares

Gráficamente podría decirse que no todas las cargas son iguales, unas son más cargas que otras, resultando notoriamente más pesadas. Efectivamente, la carga es una situación subjetiva tan genérica, *infra*, que cobija situaciones procesales muy dispares: no hace falta insistir en que, procesalmente, no puede equipararse una carga cuya falta de levantamiento supone únicamente ver reducidas las expectativas de éxito, porque se ha perdido la oportunidad de hacer valer un elemento que coadyuva a la defensa del interés que se defiende, preclusión interna, a aquella otra

de actos procesales del LAJ y del Juez, no puede reputarse únicamente como falta de comparecencia ante el Juez en el juicio), que en el proceso laboral no ha de declararse expresamente, arts. 83.3 y 185.1 LJS: de hecho, limitarse a comparecer y no contestar a la demanda es una conducta del demandado que servía para impedir las derogadas consecuencias negativas de la rebeldía (posibilidad de acordar medidas cautelares), derivadas de una antigua concepción muy singular de la naturaleza del proceso (contrato de *litiscontestatio*) que, por cierto, se mantienen anacrónicamente en la LJS, art. 185.2. En definitiva, reforzada con la reforma operada en el art. 83.3 LJS, la rebeldía es una conducta sancionable en el proceso laboral. Por último, la falta de racionalidad de la sanción por no acudir al MASC procesal es notoria: si no se sanciona aquella conducta procesal con un contenido más intenso: comparecer a juicio y contestar a la demanda, cómo es posible hacerlo por no acudir a un MASC procesal, ¿acaso la sujeción y deber de colaborar con el LAJ durante un proceso para realizar una conducta que no es indispensable para la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, es de mayor intensidad que cuando se trata del Juez en el mismo supuesto? Y ello al margen de la comparación con lo que acontece en el proceso monitorio, no sometido a conciliación preprocesal, art. 64.1 LJS, como se hace en el texto principal.

⁴⁵ Como se sabe, la LO 1/2025 estipula los MASC en el orden civil como un requisito de procedibilidad, arts. 264 y 403 LEC, pero no impone sanción alguna por no acudir a ellos, al margen de las consecuencias procesales que puedan existir en materia de costas, arts. 245 y 395 LEC.

que conlleva inmediatamente la imposición de una consecuencia procesal negativa, que puede consistir incluso en la pérdida del litigio. Consiguientemente, por ejemplo, presentar la carga de comparecer y contestar a la demanda en un proceso de declaración ordinario, arts. 496.2 LEC, en el mismo plano que la de comparecer y oponerse al requerimiento de pago de un proceso monitorio, arts. 816 LEC y 101 b) LJS, es una generalización exenta de rigor⁴⁶. Y por ello criticamos *supra* (por falta de lógica o racionalidad, entre otros motivos) la nueva redacción del art. 87.3 LJS.

De hecho, aunque se asuma que el legislador puede estimular la conducta de las partes para que levanten las cargas que soportan, mediante la imposición de consecuencias negativas en caso contrario, es notorio que algunas de ellas son, como mínimo, de idéntica gravedad⁴⁷ a las que se estipulan cuando resultan del incumplimiento de un deber u obligación (que, en ocasiones, son el correlato del derecho de la parte contraria a practicar las pruebas pertinentes)⁴⁸.

⁴⁶ Precisamente, consciente de esa diferencia entre una y otra carga, el propio legislador exige, la notificación personal, arts. 815.1 LEC y 101.e) LJS, en el proceso monitorio, o algunos de sus parientes más próximos, art. 438.5 (desahucio por falta de pago) LEC.

⁴⁷ Ya se ha señalado cuál es la consecuencia del incumplimiento de la carga de oponerse al requerimiento de pago del juicio monitorio, o del juicio cambiario, art. 825 LEC, o a las tercerías, arts. 602 y 618 LEC, los juicios de desahucio por falta de pago, art. 438.5 LEC, no comparecer a la vista en los desahucios, art. 438.6 LEC, la tutela de los derechos reales inscritos, art. 438.4 LEC, juicios posesorios para recuperar la vivienda ocupada, art. 438.7, la tutela privilegiada de crédito de procuradores y abogados, arts. 34.3 y 35.3 LEC, o incluso la condena en costas cuando en el juicio monitorio, ante la oposición del requerido, no se presenta la demanda del juicio ordinario, art. 818.2 LEC, o si no se presenta la demanda tras las medidas de aseguramiento de la prueba (incluidos daños y perjuicios), art. 297.4 LEC... Para un examen de los supuestos atinentes al juicio verbal, VÉLEZ TORO, A.J., *El juicio (post)verbal. Estudio crítico*, Aranzadi, Madrid, 2026 (en prensa).

⁴⁸ Como la negativa a realizar las actuaciones acordadas por el tribunal, art. 90.7 LJS, de aportar el documento requerido, arts. 94.2 LJS y 261.4ª, 329 LEC, la de comparecer y responder a las preguntas que le realiza la parte contraria, arts. 91.2 LJS, 292.4, 307 LEC, la de responder a cuestiones relativas a la capacidad, representación o legitimación en las diligencias preliminares, art. 261.1ª LEC... De hecho cuando el legislador ha decidido reaccionar, más recientemente, con mayor firmeza (al margen de excepcionales previsiones en el proceso de declaración civil, frente a la previsión genérica del proceso laboral, art. 75.5 LJS, de imposición de multas, como el art. 288 LEC) ante el incumplimiento de obligaciones procesales y enumera las consecuencias de su infracción, como es el caso de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba en materia de competencia, art. 283

Esto es, el propio legislador explicita que la consecuencia procesal ante determinados ilícitos procesales, más graves, se equipara a la de la falta de levantamiento de ciertas cargas. En definitiva, aunque todas las cargas comparten idéntica naturaleza, existe una diversidad esencial entre ellas, una dualidad congénita, que explica las dudas acerca de su género o ubicación dentro de las situaciones activas o pasivas. Porque, evidentemente, si se ofrece a la parte la oportunidad de actuar simplemente para defender su posición: la posibilidad de alegar, probar..., prima la vertiente positiva de la carga, mientras que, si, por el contrario, se advierte al litigante que, a menos que despliegue una determinada conducta, soportará una inmediata consecuencia negativa procesal, que puede consistir incluso en la condena inmediata, en la creación de un título ejecutivo..., prevalece el aspecto negativo. Una óptica negativa o de sujeción que también viene auspiciada por la propia etimología, *onus, onere, burden...*, reforzada por las acepciones del término carga como peso o gravamen en el lenguaje cotidiano⁴⁹. Aunque se trata de una cuestión que matizaremos inmediatamente al precisar cuál es la tutela que brinda el ordenamiento a las cargas.

4.5. Las cargas atañen tanto a la cuestión de fondo como a los presupuestos procesales

Han resultado baldíos, dada la generalidad y amplitud de las cargas, los intentos doctrinales de clasificarlas. Por ello, no se pretende establecer ningún criterio a esos efectos, sino de resaltar una realidad innegable y trascendental a efectos de este trabajo: de la misma manera que, simplificando, en el proceso existe, por un lado, la cuestión de fondo debatida, también coexiste, y como instrumento o vehículo a esos

bis k) LEC, si el incumplimiento es grave, además de la posible responsabilidad penal, estipula que cabe impetrar alguna o algunas de las siguientes: la desestimación de la pretensión o excepción, responsabilidad civil por los daños, condena en costas del incidente o proceso principal. Y si el incumplimiento no es grave, en lugar de ello correspondería la imposición de una multa.

⁴⁹ De las 19 acepciones que brinda la RAE, prima el sentido expuesto, así, por ejemplo, las cuatro primeras: "1. f. Acción y efecto de cargar; 2. f. Cosa que hace peso sobre otra; 3. f. Cosa transportada a hombros, a lomo, o en cualquier vehículo; 4. f. Peso sostenido por una estructura." Y ya en la número 15 se refiere, bajo ese prisma, a la acepción jurídica procesal: 15. f. Der. En el seno de un proceso, necesidad de realizar determinados actos para evitar que se produzcan perjuicios para la parte.

efectos, la relación jurídica procesal, que exige una serie de presupuestos estipulados por el legislador (de las partes, del tribunal y del propio procedimiento). Por ello, la conducta de las partes durante el proceso atiende a esas dos vertientes y, consiguientemente, sus situaciones subjetivas, incluidas las cargas, incluyen esos ámbitos. El hecho de que habitualmente se piense en las cargas como una situación subjetiva atinente a la cuestión debatida, a la cuestión de fondo (la carga de alegar y probar), no empaña la realidad explicada⁵⁰. Ahora bien, resulta elemental que también las partes soportan la carga de alegar todos aquellos vicios o defectos que constatan⁵¹.

4.6. La carga no desaparece por la existencia de otra situación subjetiva que produce la misma consecuencia jurídica

Resulta capital asumir que las cargas no ostentan el privilegio de la exclusividad respecto de la consecuencia procesal que se pretende lograr a través de su levantamiento. Esto es, que, por ejemplo, como se acaba de explicitar, la carga de las partes de denunciar los óbices y la falta de presupuestos procesales no está reñida con el deber del tribunal de vigilar de oficio el cumplimiento de aquellos⁵², en atención a la propia naturaleza de las normas procesales, arts. 240.2 LOPJ, 227.2, 425... LEC; 5, 29, 30.1, 32.1, 36.1, 37, 39, 75.1, 90.2 LJS... Es más, también es dable que la eficacia

⁵⁰ De hecho, y como es elemental, los presupuestos y requisitos procedimentales rezan para todos los actos procesales de las partes, incluso cuando están más vinculados o se refieren exclusivamente a la cuestión de fondo.

⁵¹ Fundamentalmente el demandado a través de las excepciones procesales o la declinatoria, arts. 63 a 65 y 405.3 LEC, 14 y 85.2 y 6 LJS, y lo mismo acontece respecto del demandante en lo que se refiere, fundamentalmente, a la capacidad, legitimación o representación del demandado o a la extemporaneidad de sus actuaciones, así como, ambas partes soportan la carga de plantear incidentes de previo pronunciamiento respecto de aquellos óbices procesales sobrevenidos, art. 391 LEC, y de denunciar el incumplimiento de los deberes procesales que atañen al tribunal.

⁵² Desde muy temprano la mejor doctrina ya criticaba la doctrina equivocada del derecho común que extendía el principio dispositivo sobre la "relación jurídico-pública", WACH, A., "La relación entre el juez y las partes", *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. KROTOSCHIN, E., ed. Ara, Perú, 2006, pp. 67-92.

procesal pretendida a través del levantamiento de la carga se produzca de manera involuntaria, por la conducta de la parte contraria, por ejemplo, cuando el demandante a través de la documentación aportada introduzca en el proceso la constatación de la existencia del pago o cumplimiento de la obligación...

En todos estos supuestos la carga sigue existiendo, subsiste el interés de la parte en provocar el efecto procesal pretendido, por cuanto el levantamiento de la carga no es una conducta procesal de mera actividad, sino de resultado: hasta que no acontezca la eficacia procesal pretendida, por la conducta de tribunal o de la parte contraria (aunque sea involuntariamente, porque, como se sabe la eficacia de los actos procesales de las partes, los de postulación, no está supeditada a su voluntad), el litigante seguirá ostentado el interés procesal, y por tanto una carga, de provocar aquel resultado procesal. Como mucho puede argumentarse que la carga en estos supuestos es de menor intensidad que si solo el titular de la carga puede provocar la consecuencia procesal pretendida: *e.g.*, la intensidad de la carga de alegar los hechos que fundamentan la solicitud de tutela de una parte es mucho mayor que la de alegar los vicios u óbices procesales.

4.7. La naturaleza abstracta de la carga impide su tutela *per se ipsa*

Ahora bien, la mayor fortaleza de la carga, su aptitud para explicar la mayoría de las situaciones subjetivas de las partes, abarcando hipótesis muy dispares, es su mayor debilidad: es imposible tutelarla *per se ipsa*. Es decir, el titular de la carga no puede acudir al tribunal alegando su infracción. Ello se debe a la propia esencia de esta situación jurídica singular, en tanto que no se encuentra en el mismo plano que las otras situaciones subjetivas procesales, sino que ostenta una naturaleza más abstracta. Sucede algo semejante, aunque no idéntico, a la situación pasiva de sujeción reconocida por el derecho administrativo, bautizada también por su abstracción, como "situación jurídica puente" (y que asimismo concurre en el proceso), esto es, la sujeción toma cuerpo o se hace visible necesariamente a través de otras situaciones pasivas más específicas: deberes, obligaciones. Por el contrario, la carga, a diferencia de la sujeción, que es aún más abstracta, no necesita encarnarse en la forma de otra situación subjetiva diferente, sino que está presente por sí misma

en el proceso: el legislador al regular el proceso/procedimiento genera cargas automáticamente; por el contrario, la sujeción (ante el poder público) es la situación genérica a la que se enfrenta el legislador al diseñar aquellos y a la que necesariamente da forma a través de los deberes y obligaciones que estipula.

Ahora bien, la carga, al igual que la sujeción, por su abstracción, también necesita encarnarse en otras situaciones cuando las partes sometidas a ella deciden actuar, levantarla: aunque el alzamiento de la carga se pueda describir como una conducta procesal, es una abstracción, no existe como verdadero acto procesal (entendiendo por tal, las conductas de las partes, tribunal y terceros que producen una determinada eficacia jurídica), en tanto en cuanto no puede tutelarse ni corregirse su infracción. Así, puede decirse que la carga, bajo el prisma de los actos procesales, es una situación subjetiva en potencia, que ha de actuarse mediante otras situaciones: las partes (y, los terceros excepcionalmente) “levantan” las cargas a través del ejercicio de derechos procesales, el derecho personarse, a alegar, a probar..., que, como tales, sí son amparados y tutelados en el proceso. Esto es, el levantamiento de la carga se produce siempre a través de otras situaciones activas, en tanto que se hace valer la facultad engendrada por la carga (aunque sea para eludir una grave consecuencia negativa). De esta manera, en el plano de constitucionalidad, cuando el levantamiento de la carga procesal ostenta la suficiente trascendencia, encuentra su acomodo natural, en el ejercicio de los derechos fundamentales procesales, art. 24 CE. Y, por ese motivo, en nuestra opinión, la carga entronca más con las situaciones jurídicas activas.

5. La utilidad y necesidad de la carga como situación procesal, a pesar de su fragilidad esencial

A pesar de todas las debilidades o carencias de la carga como situación jurídica que se han enunciado (una naturaleza abstracta, además de imprecisa, que engloba situaciones diversas con consecuencias procesales muy distintas, a lo que hay que añadir la imposibilidad de ser tutelada *per se ipsa* y que ha de articularse a través de otras situaciones activas), lo cierto es que es la situación jurídica subjetiva que explicita mejor cuál es la posición habitual de las partes en los

procedimientos/procesos: la posibilidad de actuar en interés propio, sin incurrir en caso contrario en ilicitud alguna y sin, consecuentemente, existir sanción, a pesar de las graves consecuencias procesales (o procedimentales, aunque ello es mucho más infrecuente extramuros del ejercicio de la potestad jurisdiccional) en las que, en ocasiones, se puede incurrir en caso contrario. No cabe entender el proceso o procedimiento, desde la perspectiva de los titulares de los intereses legítimos, sin ella, a pesar de que su aparente virtualidad práctica pueda parecer escasa. Pero, sin duda, desdeñarlas o ignorar su existencia comporta el riesgo de transmutarlas ilógica e irracionalmente en deberes u obligaciones, imponiendo a los titulares de los intereses legítimos, bajo coacción de sanción, conductas que únicamente les benefician a ellos (porque no son precisas para el desarrollo del proceso o los derechos de la parte contraria), con lo que se menoscaba arbitrariamente la titularidad de los intereses en liza, art. 24.1 CE. Es lo que, sin ir más lejos, sucede con las previsiones de los arts. 83.3 y 97.3 LJS, reafirmadas con la LO 1/2025.

6. Precisiones sobre la crisis de la carga subjetiva de la prueba

Si la carga subjetiva de la prueba es una eficacia indirecta o refleja de la regla de juicio, es evidente que su vitalidad o trascendencia está supeditada a la de esta. Y la mejor prueba estriba en que, a diferencia de la regla de juicio (en especial de su inversión), la situación subjetiva, por tratarse de una carga *supra*, carece de tutela autónoma; solo cabrá impetrar, *infra*, la reparación del indebido impedimento al intento de su levantamiento a través del derecho a practicar la prueba pertinente, art. 24.2 CE, porque si se trata de la inadecuada fijación de los hechos entra en escena la regla de juicio, *infra*.

6.1. Es una carga subjetiva cronológica

Aunque la carga subjetiva o formal se presente en el mismo plano para las dos partes, lo cierto es que juega de forma escalonada o secuencial: la carga del demandado de probar los hechos (impeditivos, extintivos o excluyentes) cobra virtualidad únicamente si el actor ha levantado la suya (*rectius*, si se han fijado los hechos que le

favorecen), como no puede dejar de reconocer la jurisprudencia⁵³. Así se explicita formalmente en el tratamiento procesal de la rebeldía⁵⁴, art. 496.2 LEC, que no implica, salvo las excepciones específicamente previstas, la condena del demandado. Ahora bien, dado que solo en el momento de fijación de los hechos controvertidos, tras la valoración de la prueba, se constatará si los hechos que sostienen la pretensión del actor están probados, al demandado le conviene levantar la carga que soporta, como si el demandante lo hubiera conseguido.

6.2. Las partes no tienen el deber de probar los hechos que alegan, solo ostentan un interés en hacerlo

Es notorio que en nuestro sistema procesal las partes no soportan el deber de probar los hechos (*necessitas probandi*) que sirven de fundamento a su pretensión, tal y como corresponde a la carga como situación subjetiva⁵⁵: primero, porque, en sentido estricto, no se trata de dicha situación subjetiva pasiva, el deber (no incurren en ilícito procesal alguno si no los prueban y, en consecuencia, no existe ninguna sanción

⁵³ Se señala que una vez probada por el actor la inusitada duración temporal del contrato de interinidad por vacante, más de cinco años y la notificación de que la plaza se iba a cubrir en la oferta de empleo público, es a la Administración a quien corresponde la prueba de la convocatoria del "(...) proceso selectivo para la cobertura de la vacante, aunque le correspondía la carga de la prueba de dicho extremo, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.3 LEC", por lo que "Consiguientemente, aunque el contrato de interinidad por vacante identificó la vacante que constituía su objeto, dado que, la Comunidad de Madrid, quien cargaba con la prueba, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.3 LEC, no ha probado la convocatoria de ningún proceso selectivo en el plazo anual al que le obligaba el convenio, (...)", STS Sala de lo social, Sección 1, 08/03/2022, 894/2022 – ECLI:ES:TS:2022:894, FD Quinto 2.

⁵⁴ Este es el planteamiento clásico de la rebeldía en el derecho común, aunque, históricamente, en el derecho alemán era tratada de forma diferente por los diferentes estados y luego en la *Civilprozessordnung* (ulteriormente las "c" se transformaron en "z") de 1879, WACH, A., "El procedimiento en rebeldía", *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. E. KROTOSCHIN, Ara, Perú, 2006, pp. 163-210.

⁵⁵ Así, FERRER BELTRÁN, J., "La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario", *Contra la carga de la prueba*, op. cit., pp. 53-87, aunque entiende que es preferible su desaparición para no duplicar conceptos, además de, por irrelevante, resultar un mecanismo insuficiente para incentivar a las partes.

correlativa) y, segundo, porque incluso empleando impropiaamente el término “deber”, la prueba de los hechos alegados no es presupuesto alguno de procedibilidad en la relación jurídica procesal. Es cierto que en este sentido impropio sí acontece la exigencia de acreditar ciertos aspectos de la legitimación (que es tratada, ocasional y parcialmente, como un presupuesto procesal) para determinadas actuaciones procesales, un “principio de prueba” o incluso “prueba”, como el legislador en ciertos supuestos explicita (en otros casos se deduce implícitamente⁵⁶), para hipótesis excepcionales⁵⁷. Y todo eso, sin hacer referencia al proceso penal y a la necesidad de

⁵⁶ Resulta notorio que habrá que aportar un principio de prueba de la legitimación cuando el “tercero” solicita el cambio de partes, arts. 16.1 y 17.1, interpone la declinatoria, art. 63 LEC, el incidente de nulidad de actuaciones, 241.1 LOPJ y 228.1 LEC, impetra la intervención voluntaria, art. 13 LEC, o la parte solicita la provocada, art. 14 LEC, o bien se trata de la legitimación extraordinaria, arts. 17.2 y 5 LJS, 10.11 LEC, o se alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario..., o bien de que concurren las circunstancias que justifican la anticipación o aseguramiento de las fuentes de prueba, arts. 78 LJS y 293.1 y 297.1 LEC; en el mismo sentido no parece que quepa incoar la modalidad procesal laboral del procedimiento de oficio si no se presentan, las certificaciones, acuerdos y actas previstas en el art. 148 LJS, en las que el correspondiente órgano administrativo aprecia los perjuicios económicos, discriminaciones, fraudes, dolo, coacción o abuso de derecho. Y sucede otro tanto en el proceso civil, en el que, en ocasiones, no parece posible incoar el proceso si no existe un principio de prueba de la legitimación, al margen las previsiones de los arts. 266 y 439 LEC, como sucede en ciertas modalidades del juicio verbal: desahucios (singularmente en el de falta de pago, art. 438.5 LEC), juicios posesorios, efectividad de los derechos del art. 160 CC... Para el juicio verbal, VÉLEZ TORO, A.J., *El juicio (post)verbal...*, *op. cit.*

⁵⁷ Por ejemplo, admitir el cambio de partes o sucesión procesal, arts. 16.1 y 17.1 LEC (incluida la ejecución, art. 240.2 LJS), la demanda, art. 266 LEC (o como sucede expresamente en ciertas modalidades procesales laborales, arts. 104 LJS –despido, 120.1 LJS –extinción por causas objetivas, 137.1 LJS–clasificación profesional, la demanda del juicio cambiario, art. 821.2 LEC, la tercería de mejor derecho, arts. 275 y 614.2 LEC, la tercería de dominio, arts. 260.2 LJS y 596.2 LEC, la protección de los derechos reales inscritos, art. 41 Ley Hipotecaria, art. 439.2.3º LEC, los incumplimientos de obligaciones de contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (formalizados en modelo oficial), rectificación (art. 5 LO 2/84), art. 439.4 LEC, la solicitud, como diligencia preliminar, de la exhibición de documentos contables atinentes a la infracción de la propiedad intelectual o industrial, art. 256.1.8º LEC, el acceso a las fuentes de prueba en derecho a la competencia, art. 283 bis a)1 LEC, el aseguramiento de las fuentes de prueba en materia de propiedad intelectual e industrial, art. 297.2 LEC, la exhibición de prueba documental en materia de propiedad industrial e intelectual (prueba sobre la prueba), art. 328.3 LEC, exigencia de indicios para provocar en el proceso laboral la inversión de la carga de la prueba cuando se trata de la lesión de derechos fundamentales, art. 96.1 LJS e incluso

acreditar la existencia de indicios de la presunta responsabilidad penal del investigado que permitan acordar actos de investigación o medidas cautelares, en especial cuando afectan a los derechos fundamentales, *infra*. En estos supuestos, el “deber impropio” no deja de ser una carga que, cuando se refiere a la actividad probatoria (aseguramiento de las fuentes, prueba anticipada, exhibición de prueba documental, indicios de la lesión de los derechos fundamentales en el proceso laboral...), constituye una prueba sobre la prueba o carga sobre la carga de la prueba. Algo que, por cierto, también acontece cuando la carga prevista por el legislador resulta de una conducta de la parte contraria⁵⁸.

6.3. Que la fijación de los hechos no sea consecuencia de la conducta de la parte, no excluye la carga

Ya se ha explicado que la carga, como situación subjetiva, no excluye que otra conducta procesal, incluso si trata de un deber de un sujeto diferente (la parte contraria, el tribunal), o el legislador, también pueda provocar la eficacia jurídica pretendida⁵⁹. De la misma manera que, *e.g.*, la carga del demandado de acreditar la falta de jurisdicción o competencia del tribunal no impide la existencia del deber de

cuando se alega el interés casacional, arts. 219, 224.1 y 225.4.c) y f) LJS, 477.3 y 4 LEC..., alcanzando su máximo exponente (además de los supuestos de las tercerías indicados) en el requerimiento de pago en el monitorio, arts. 101.a) LJS, 815.1 LEC (art. 21.3 Ley Propiedad Horizontal), jura de cuentas, arts. 34.1 y 35.1 LEC, juicio cambiario, art. 821.1 LEC, en la tutela ejecutiva (título ejecutivo, arts. 239.2 LJS, 549.1 y 685.2 LEC), y cautelar (acreditación del *fumus boni iuris*, arts. 79.1 y 3 LJS y 728.2 LEC), o la declaración del concurso, voluntario, arts. 7 y 8 RDL 1/2020, y necesario, art. 13, RDL 1/2020, o cuando se ejerce la acción rescisoria, arts. 510.1 LJS y 236.1 LJS.

⁵⁸ Así acontece, por ejemplo, con la impugnación de los documentos, arts. 320 y 326 LEC, o la tacha a peritos designados por las partes, arts. 343 y 344 LEC, o testigos (lo que no es posible en el proceso laboral, art. 92.2 LJS), arts. 377 a 379 LEC, o la recusación de los primeros cuando son judiciales, arts. 15 LJS y 124 a 128 LEC.

⁵⁹ La cuestión no es pacífica en la doctrina, aunque sí parece inclinarse a que en la medida que las partes ostenten facultades probatorias y no exista un monopolio probatorio del tribunal, sí existe la carga formal o subjetiva. CHICO FERNÁNDEZ, T., “La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Objeto y carga de la prueba civil, op. cit.*, pp. 136–143, y 152 a 157.

este de apreciarla de oficio, la posibilidad de que se derogue, total o parcialmente, el principio de aportación de parte (y tribunal ostente iniciativa probatoria), no elimina la correspondiente carga que pesa sobre la parte; no se sabe de antemano si el tribunal va a hacer uso de esta. Además, también se hizo notar que el levantamiento de la carga no acontece con la mera actividad desplegada (solicitar y practicar la prueba), sino cuando se obtiene el resultado pretendido, el efecto jurídico (fijar el hecho controvertido), por lo que, incluso si el tribunal ejerce su facultad, siempre resta la incertidumbre de si ha alcanzado el convencimiento de la existencia del hecho alegado⁶⁰. Y lo que se acaba de afirmar respecto del tribunal, también resulta aplicable en lo que atañe a la conducta de la parte contraria, que inopinadamente demuestra, principio de adquisición procesal⁶¹, la existencia del hecho que le perjudica, o cuando el legislador, *infra*, fija provisionalmente los hechos.

Ahora bien, sí que puede decirse que en aquellos supuestos en los que el tribunal ostenta mayor iniciativa probatoria, la carga que pesa sobre las partes es, *a priori*, de menor intensidad que en caso contrario⁶², como sucede con el proceso laboral, arts. 87.3 y 88.1 (las diligencias finales acordadas de oficio no están supeditadas a su naturaleza complementaria respecto de la actividad probatoria de las partes) LJS⁶³,

⁶⁰ Así, la iniciativa probatoria, la elección entre el principio de aportación de parte o la prueba de oficio, aunque relacionada con la situación subjetiva de la parte (carga) o tribunal (facultad/deber), opera en un momento diferente al que se determina si la carga se ha levantado, CHICO FERNÁNDEZ, T., *La carga de la prueba...*, pp. 145-146.

⁶¹ Existe el debate acerca de si el principio de adquisición procesal implica que una vez admitida la prueba por el tribunal se pueda renunciar a ella si la parte contraria se opone, en contra PICÓ I JUNOY, J., El principio de adquisición procesal en materia probatoria, La Ley, n° 6404, N°. 1 2006, pp.1. La LJS, explicita que a pesar de que se renuncie a la prueba una vez que ha comenzado su práctica, el tribunal puede acordar que continúe, art. 87.1 *in fine*, por lo que es dable la exégesis *a sensu contrario*.

⁶² Sobre las modulaciones al principio de aportación de parte coincidimos con ABEL LLUCH, X., "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil", *Objeto y carga de la prueba civil*, op. cit., pp. 28 y 29.

⁶³ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., "El objeto de la prueba", *La prueba en el proceso laboral*, GONZÁLEZ CANO, M.I. (Dir.); ROMERO PRADAS, M.I. (Coord.), tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 117-168; LAHERA FORTEZA, J., *La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario*, Editorial la ley Actualidad, Madrid. 1996, pp. 90 y 91. PILLADO GONZÁLEZ, E., "La prueba (II)", *Derecho procesal laboral*,

e igualmente acontece cuando se deroga el principio de aportación de parte en el proceso civil: los procesos no dispositivos civiles, art. 752.1 LEC, o si se trata de acciones individuales de consumidores y usuarios relativas a las condiciones generales de la contratación (a resultas de la jurisprudencia del TJUE), y lo mismo sucede tanto en el proceso laboral como en el civil, cuando el tribunal puede coadyuvar a constatar la existencia de indicios de discriminación (incluida por razón sexual) para modular la regla de juicio, arts. 30.2 L15/2022, art. 66.2 L 4/2023, 217.5 LEC.

6.4. La iniciativa probatoria complementaria del tribunal no es una exigencia del art. 24.2 CE

Basta comparar la regulación de las diligencias finales del proceso laboral, art. 88.1 LJS, con la del proceso civil, art. 435.2 LEC, para constatar lo afirmado. Solo en el último supuesto la iniciativa del tribunal está supeditada a que la parte hubiera intentado probar sin éxito los hechos. Por el contrario, la LJS conserva la versión de las diligencias para mejor proveer, desde su redacción primigenia, de la Lec de 1881, art. 340, y no limita la iniciativa de oficio del tribunal⁶⁴.

Como hemos señalado en varias ocasiones, no cabe confundir la neutralidad del tribunal, su pasividad mayor o menor, respecto de elementos que no configuran lo esencial, el objeto del proceso *stricto sensu*, como la actividad probatoria, con el derecho al juez imparcial.

A efectos del levantamiento de la carga de la prueba de un hecho, la situación subjetiva procesal de la parte que ha pretendido probarlo sin éxito es idéntica a la de quien ni siquiera lo ha intentado: no se ha levantado aquella, el hecho no está fijado. Por consiguiente, supone el mismo beneficio para la parte, en ambos casos, el que el tribunal pruebe el hecho: ha dejado de ser un árbitro, ha perdido su pasividad; no

op. cit., p. 387. Sin embargo, no falta quien postula su aplicación siguiendo el tenor del art. 435 LEC; VV.AA., *Manual de derecho procesal laboral*, MONEREO PEREZ, J.L. (Dir.), *cit.*, p. 272.

⁶⁴ VERNENGO PELLEJERO, N.C., Aspectos procesales de las diligencias finales en el procedimiento laboral (una réplica, con matices, de lo apreciable en el proceso civil), *Práctica de Tribunales*, Nº 118, enero-febrero 2016, LA LEY 7951/2015.

existe, en el plano lógico, la figura del árbitro/coadyuvante porque es incompatible con su neutralidad: equidistancia, ausencia de comportamiento que pueda beneficiar a un contendiente. Además, es imposible, por atentar contra el sentido común lógico y jurídico, pretender fijar un canon constitucional de complementariedad, de suerte que solo sería aceptable el grado de complementariedad que estipula el legislador en cada momento; no existe argumento lógico/jurídico que estipule un límite fijo hasta el cual puede perder su pasividad el tribunal. Por eso, el legislador, en su libertad, puede decidir implantar, en el plano de legalidad, la neutralidad del tribunal con la excepción comentada, la complementariedad (u otras por las que opte), hasta el grado que desee. En consecuencia, que rija el principio de aportación de parte (plenamente o con derogaciones) es una opción del legislador: de esta manera existe una vigencia matizada de aquel en el proceso civil dispositivo con carácter general, art. 216 LEC, con un rol complementario del tribunal, mientras que, como se señaló, en los procesos civiles de consumidores y usuarios (acciones individuales en condiciones generales de la contratación), los no dispositivos, resulta derogado el principio de aportación de parte⁶⁵, como también sucede con el proceso c-a, art. 61 LJCA, L 29/98, y en el proceso laboral está matizado.

6.5. La relativa utilidad genérica de la carga subjetiva de la prueba

Si la carga subjetiva de la prueba, en su concepción moderna, se limita a indicar a las partes qué hechos están interesados en que resulten fijados para obtener un pronunciamiento favorable, resulta elemental que su utilidad es muy relativa. No parece que haga falta tener que explicitar a un contendiente, en un precepto, qué hechos les beneficia a efectos de su estrategia procesal. Y en ese sentido, hay que otorgar la razón a la crítica que se ha formulado. Ahora bien, existen dos aspectos en los que dicha institución sigue ostentando relevancia, que no dejan de ser la manifestación de la verdadera utilidad de la regla de juicio: 1) cuando refuerza la

⁶⁵ Como resulta notorio, la explicación ofrecida se aplica también ante los intentos de justificar la actividad probatoria complementaria del tribunal en el proceso penal, después de haber consagrado, de forma equivocada, formalmente en el art. 24.2 CE el “principio acusatorio” que comporta, porque es su esencia, la neutralidad del tribunal.

seguridad jurídica, especialmente para el actor, al señalarle en qué supuesto obtendrá un pronunciamiento favorable, al margen de la certeza de la existencia de otros hechos, *infra*; 2) pero, sobre todo, para para las partes resulta decisivo tener conciencia de en qué supuestos, al modularse la regla de juicio, existe una fijación provisional de los hechos que le favorecen o perjudican, así de qué requisitos se exigen para dicha modulación.

7. La regla de juicio

Resaltado suficientemente que es el elemento decisivo en la institución conocida como la carga de la prueba, el elemento objetivo impropriamente calificado de carga material, conviene precisar:

7.1. No es una carga

No se trata de dicha situación procesal puesto que se dirige al tribunal, como regla de juicio y, como se explicitó, constituye el instrumento necesario para cumplir el deber de pronunciarse sobre el fondo en el supuesto de incerteza de los hechos. Esta conciencia justifica su desplazamiento desde las disposiciones generales sobre la prueba en el CC, art. 1214, hasta la regulación del contenido de la sentencia, art. 217 LEC (mientras que en la LJS cierran las prescripciones sobre la prueba, art. 96 LJS, unas referencias singulares a la inversión de la carga de la prueba).

7.2. No es una regla de valoración

La prueba más evidente de ello⁶⁶ es que se controla incluso en los recursos extraordinarios, que tienen vetado conocer del error en la valoración de la prueba,

⁶⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Artículo 1.214", *op. cit.*, p. 45, explica que en ocasiones doctrina y jurisprudencia las han confundido, si bien "Mientras las reglas de valoración determinan qué afirmaciones deben estimarse probadas, las reglas de carga de la prueba establecen las consecuencias desfavorables de la falta de prueba".

como, además de declararlo expresamente el TS⁶⁷, demuestran las numerosísimas sentencias en el proceso laboral en suplicación y casación relativas a la infracción de las reglas de la inversión de la carga de la prueba.

En tanto que regla de juicio, entra en escena una vez que se ha valorado la prueba; ante la falta de fijación de ciertos hechos, debe determinarse cuál es el sentido del fallo. Por eso, la expresión “falta de certeza” habitualmente empleada (jurisprudencia y doctrina) para justificar la regla de juicio, y que el legislador refrenda⁶⁸, origina equívocos: no es que el tribunal dude acerca de la existencia de ciertos hechos y resuelva la duda aplicando la regla de juicio, lo que comportaría que se tratase de una regla de valoración (*burden of persuasion*), sino que, tras ponderar la prueba, tendrá por fijada la existencia de ciertos hechos y no de otros (si duda cuando rige la libre valoración, deberá tener por no probado el hecho), entrando entonces en escena la regla de juicio para indicarle cuál es el sentido que debe dictar al fallo⁶⁹.

La duda que sí acontece en la práctica es la que atañe a la calificación de ciertos hechos en un proceso: si constituyen hechos constitutivos o si se trata de aquellos que los enervan, dependiendo de ello el sentido del fallo, es lo que sucede, *e.g.*, con los despidos verbales (su existencia), *infra*.

⁶⁷ Recuerda CORDÓN MORENO, F.J., “ Precisiones sobre la carga de la prueba”, *GA-P*, Mayo 2024, https://ga-p.com/wp-content/uploads/2024/04/Carga_de_la_Prueba.pdf, p. 4, que la “Sala Primera en el Acuerdo No Jurisdiccional de 27 de enero del 2017, sobre admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en los que se dijo que «es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre un mismo hecho».”.

⁶⁸ “Las normas de carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso (...)”, apartado IX Expo. de Motivos LEC, y “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión (...)”, art. 217.1 LEC, que plasman, apartado IX Expo. de Motivos LEC, una consolidada doctrina jurisprudencial.

⁶⁹ Ello es especialmente notorio en el proceso penal, cuando se distingue, a efectos de su revisión en amparo (o los recursos extraordinarios) entre la presunción de inocencia, regla de juicio, *infra*, y el principio *in dubio pro reo*, criterio de valoración, así reciente y certeramente, Juzgado de lo Penal N.º 2 de León, Sentencia 566/2025 de 18 nov. 2025, Rec. 367/2019, ECLI:ES:JP:2025:15, FD Segundo.

7.3. La regla de juicio es la más ajustada a la lógica, pero perfeccionada por criterios técnicos

En realidad, la regla de juicio no hace más que perfeccionar, a partir de la cuádruple clasificación de los hechos de origen chiovendiano⁷⁰, un principio consustancial al proceso, ínsita a la lógica jurídica más elemental: que cada parte debe probar los hechos que fundamentan su pretensión⁷¹. Y, a partir de la clasificación fáctica, tomando en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria, se generaliza y consagra la regla de juicio, satisfaciendo el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, a la par que otorga seguridad jurídica. Por eso, una vez implantada, su funcionamiento es también consustancial o automático sin necesidad de especiales referencias expresas.

La naturalidad del juego de la regla de juicio provoca que, en ocasiones, pueda reputarse innecesaria. De hecho, como se ha señalado, existe sin duda en el procedimiento administrativo y sin embargo funciona sin proclamación expresa alguna general⁷².

⁷⁰ De hecho, la redacción del art. 1214 CC con el antecedente del Código napoleónico civil de 1804, se emparenta con la lógica ínsita a aforismos romanos (desvirtuados por los glosadores), por ejemplo, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, (Paulo: Digesto 22, 3, 2): cada parte debe probar los hechos que fundan su pretensión. Aunque en el art. 1214 CC ya se matizaban, de forma incompleta, los hechos, "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone", de suerte que ni los hechos impositivos ni excluyentes se mencionaban expresamente, sino que debían entenderse englobados en la "extinción de la obligación".

⁷¹ Así se recoge en el art. 217.2 LEC, cuando se refiere a los hechos constitutivos, "(...) los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente (...)". Sobre la evolución histórica de la regla de juicio, así como su formulación y las diferentes teorías que se han elaborado y sus carencias, aunque la que parte de la clasificación tetrapartita de los hechos resulte la más ajustada, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba en supuestos...*, op. cit., pp. 187-204.

⁷² La regla de juicio en el ámbito administrativo únicamente aparece: 1) en los procedimientos administrativos sancionadores, que es donde, en consecuencia, se habla de la carga de la prueba, "la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario" (correlato administrativo del derecho a la presunción de inocencia), art. 53.2.b) L 39/2015, y la regla de juicio que, consiguientemente, se implanta en el art. 89.1 L 39/2015, respecto al contenido de la

Pero la naturalidad, la correspondencia a la lógica de las cosas, a una máxima de experiencia jurídica generalista, de la regla de juicio no exime de la necesidad de su concreción por el legislador, como se expone inmediatamente.

7.4. La regla de juicio es necesaria a efectos de la seguridad jurídica

A pesar de que la lógica inherente a la regla de juicio comporta su aparente inanidad a efectos prácticos en lo que es su juego natural, a lo que se suma su infrecuente tutela en los recursos, la necesidad de seguridad jurídica hace necesaria su formulación, aunque sea implícitamente, y concreción.

Ya se anticipó que la falta de certeza del tribunal a la que atañe la regla de juicio no es la duda acerca de la fijación de un hecho, sino a la del sentido del fallo en función del conjunto de hechos probados. La cuestión a la que debe responder un ordenamiento jurídico, pues esta es la incerteza originaria del tribunal y de las partes, es qué se necesita para entender estimada la pretensión de tutela cuando existen hechos controvertidos: qué hay que acreditar sobre la forma de ser de la relación jurídica material debatida para que el fallo tenga uno u otro sentido. De esta manera, estipular que basta que los hechos constitutivos resulten fijados para que pueda estimarse la pretensión del actor, destruye la incerteza del tribunal y las partes: no hace falta plantearse, si no se ha alegado, la posible existencia de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes. Es indiferente jurídicamente que no exista certeza alguna acerca de la existencia de ellos. La *quaestio facti* queda circunscrita a los primeros. Lo que se afirma, por resultar habitual, puede parecer absolutamente superfluo, pero un examen más profundo lo desdeña. Imaginemos, por un momento, que no existiera la regla de juicio, que el actor hubiera probado únicamente los hechos constitutivos, que, *e.g.*, ha celebrado un contrato y que ha cumplido su obligación, y el demandado estuviese en rebeldía, ¿sería suficiente con ello para provocar la

resolución en esos casos; 2) en la, muy reciente, mención a la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación, art. 77.3 bis) L 39/2015, que ha de ser completada con las previsiones de la L 15/2022 y 2023, que excluyen a los procedimientos sancionadores de dicha inversión. Evidentemente, la existencia de una regla es el presupuesto de su inversión.

condena del último?⁷³, ¿tendría el tribunal la certeza de que debe condenar al demandado porque existe un indebido incumplimiento por su parte, además de que ningún otro hecho se opone a la pretensión del actor?, y, correlativamente, ¿el demandante tendría la seguridad jurídica de que con la prueba de los hechos constitutivos le basta para obtener la condena del demandado?, ¿existe, acaso, alguna regla lógica que le permita inferir esa conclusión con certeza? El legislador, con la regla de juicio, en definitiva, ha graduado artificialmente (que no ilógicamente), la necesidad de certeza del tribunal (y de las partes correlativamente) para determinar cuál debe ser el sentido del fallo a partir de cierta fijación de los hechos, destruyendo así la incertidumbre inicial. De hecho, podemos llevar hasta el extremo el ejemplo planteado, y pensar en todos aquellos procesos en los que el legislador, para favorecer al demandante, estipula que basta un principio de prueba inicial de su legitimación para que, si no media, la oposición del demandado, acontezca la condena de este: los procesos ya ejemplificados que suponen en lo laboral y civil una tutela privilegiada del crédito (monitorios y asimilables, cambiario), ciertas modalidades del juicio verbal civil y, por supuesto, la ejecución de títulos extrajudiciales laborales y civiles (e incluso la de los títulos judiciales). En todos estos supuestos, al fin y al cabo, lo que acontece (además de lo que se indicará al referirnos a la inversión de la carga de la prueba) es que el legislador ha rebajado el grado de certeza (en un porcentaje variable, porque no es equiparable el proceso de declaración al de ejecución, y dentro de este que se trate de un título judicial o extrajudicial) que se exige acerca de la forma de ser de la relación jurídica material debatida, para otorgar la tutela del actor si no media la oposición del demandado.

⁷³ Aunque resulte elemental (y aunque se excluye la fijación de los hechos constitutivos por el tribunal o la parte contraria), "Imaginemos, por ejemplo, que el actor sostenga en juicio haber concluido con el demandado un contrato conteniendo una cierta cláusula a su favor, de la cual pide la ejecución o los daños por incumplimiento; en casos normales, corresponde al actor probar la existencia de la cláusula; y si no consigue probarla *con los propios medios*, pierde la causa.", CALAMANDREI, P., "El proceso civil bajo el peso del fisco", *Estudios sobre el proceso civil*, trad. SENTIS MELENDO, S., Buenos Aires, 1945, pp. 325-326; DE LA OLIVA SANTOS, A., "Artículo 217", *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGA TORRES, J.; BANACLOCHE PALAO, J., Civitas, Madrid, 2001, p. 383.

7.5. La tutela de la regla de juicio en los recursos no es habitual: la infracción más común atañe a la valoración de la prueba

A diferencia de la carga subjetiva, en el caso de la regla de juicio, por su diferente naturaleza, sí es posible su tutela autónoma, aunque muy infrecuente en la práctica. Así, la infracción de la regla de juicio, un quebrantamiento de forma cometido en el momento de dictar sentencia se puede tutelar en los recursos:

- Directamente

Es la forma más excepcional: no parece habitual que, una vez fijados los hechos, el tribunal yerre el sentido del fallo: a pesar de tener por probados los hechos constitutivos y ante la ausencia de fijación de los impositivos, extintivos o excluyentes, absuelva al demandado, o viceversa⁷⁴. Ahora bien, como se acaba de señalar, es posible que se dude acerca de la calificación de ciertos hechos, de suerte que una parte entienda que su falta de fijación le beneficia, en contra de lo ha estimado el tribunal.

En estos casos, el quebrantamiento de forma señalado supondría también incurrir en un supuesto de arbitrariedad manifiesta que conduciría a una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, que resulta tutelable en los recursos ordinarios y extraordinarios.

- Indirectamente (por ser consecuencia de otro quebrantamiento de forma que lo antecede)

Por el contrario, lo habitual es que la infracción de la regla de juicio sea la consecuencia de otro quebrantamiento de forma anterior. Es lo que sucede cuando, indebidamente, se tiene por probado (o a la inversa) un hecho que condiciona el sentido del fallo, ocasionando que la regla de juicio juegue inopinadamente que, a su

⁷⁴ STS Sala de lo Civil, 20 de marzo 2001, Secc 1, ECLI:ES:TS:2001:2208,FD Segundo, "(...) artículo 1.214 que sólo se infringe si en casos dudosos se atribuyen las consecuencias negativas de la falta de prueba a quien no estaba concernido por la carga de su prueba, ni con las conclusiones de la prueba pericial que, en general, salvo manifiesta irrazonabilidad, se sujetan a las reglas de la sana crítica y no son tema casacional.". Nótese que lo que se afirma es lo mismo que sostiene el TS (aunque sin la nota de la duda o incerteza): aunque no se estima por probado un hecho se atribuye las consecuencias de su fijación a quien no debería soportarlas (o de otra manera, recaen las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte a la que no le correspondía).

vez, comporta una indebida aplicación del derecho sustantivo⁷⁵. Existe así, en la mayoría de las ocasiones, una íntima conexión causal, entre el error en la valoración de la prueba (muy desafortunada es la jurisprudencia minoritaria que entiende que las normas sobre la valoración de la prueba son sustantivas⁷⁶) y la infracción de la

⁷⁵ De hecho, esta circunstancia, y las dudas sobre la naturaleza de la carga de la prueba, condujo a que en ciertos momentos su incumplimiento se reputara como una infracción sustantiva y no un quebrantamiento de forma, GOLDSCHMIDT, R., “Derecho justicial material civil”, p. 221, en *Derecho justicial material. Derecho justicial material civil*, con GOLDSCHMIDT, J., trad. CATALINA GROSSMANN, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959. En la actualidad, el debate se entiende superado, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga...*, op. cit., p. 100; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba en supuestos...*, op. cit., pp. 185-187.

⁷⁶ STSJ Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, Sentencia 2654/2020 de 11 Sep. 2020, Rec. 1131/2019, ECLI: ES:TSJAND:2020:11816, FD Primero, “(...) es dudoso que las reglas sobre valoración de la prueba sean de naturaleza procesal pues el carácter material o adjetivo de una norma no depende de su instalación o encaje en un Código Civil o Procesal, sino en la finalidad que persigue y, en tanto que el medio probatorio en sí no es sino un mero instrumento procesal para fijar un presupuesto de hecho, las reglas que el legislador da respecto a cómo han de ser valorados aquellos deben reputarse derecho sustantivo;” y las sentencias allí citadas. Si se apreciase la arbitrariedad (error de hecho o razonamiento manifiestamente ilógico) en el recurso extraordinario, efectivamente, habría que, declarada la nulidad, a tenor del art. 202.2 LJS, proceder a la devolución para que el órgano *a quo* realizase una nueva valoración libre de la prueba, racional, nunca “en la forma que le indica o insinúa el tribunal suplicacional, con notoria predeterminación del fallo”, como indica la resolución que criticamos (entre otras cosas, porque el tribunal *ad quem* carece de la facultad de valorar las pruebas). El problema estriba en que la regulación del art. 193 LJS induce a confusión; solo se menciona uno de los quebrantamientos de forma que tienen lugar en la sentencia (el error de hecho notorio), art. 193.b) LJS. Por el contrario, el art. 202.2 LJS sí los incluye con carácter general (con la doble solución, según sea posible dictar un nuevo fallo). De esta manera, en muchos casos, equivocadamente, la infracción de la regla de juicio se tramita, formalmente, como infracción “de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas en la sentencia” (por mucho que ello conlleve, a su vez, la indebida aplicación de estas) STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, Sentencia 187/2020 de 30 abr. 2020, Rec. 127/2020, ECLI: ES:TSJEXT:2020:347, FD Tercero. Mejor técnica presenta el art. 207 LJS en sede casacional, aunque regula por separado dos quebrantamientos de forma a) y b), que deberían incluirse en el c) [por eso resultan redundantes las previsiones del art. 215. a) y b), primer párrafo LJS] que, a su vez, incluye a la par los cometidos durante el procedimiento y los que acontecen en el momento del fallo [aunque el art. 215 b) LJS, sí matiza su tratamiento], estipulando por separado el error de hecho notorio, d), que no deja de ser una exigencia básica del art. 24.1 CE (ausencia de arbitrariedad). La STS Sala Cuarta, Sección 1, de ocho de julio de 2015, 3493/2015, ECLI:ES:TS:2015:3493, FD Segundo 2 y 3 realiza una

regla de juicio. De esta manera, otro quebrantamiento de forma, el error en la valoración de la prueba, en tanto que prejudicial lógica y jurídicamente a la infracción de la regla de juicio, absorbe a este. Con el problema añadido de que únicamente es tutelable en los recursos ordinarios (que no existen en el proceso laboral cuando se trata de sentencias, aunque el recurso de suplicación sea algo más amplio a efectos del error de hecho notorio que el de casación, arts. 193 b, 196.3, y 202 LJS)⁷⁷. En el recurso extraordinario solo es factible el control de la arbitrariedad manifiesta, si la fijación del hecho es el resultado de dicho vicio.

Ciertamente, esta prejudicialidad jurídica habitual entre el error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación de la regla de juicio, a lo que se suma el lenguaje

enumeración, no cerrada, de unos y otros quebrantamientos de forma, aunque dentro de los acontecidos en la sentencia no enumera la infracción de la regla de juicio, si bien, en el FD Sexto sí contempla como tal la “Infracción de las reglas reguladoras de la sentencia respecto de los hechos probados”, aunque se trata de la fundamentación de estos.

⁷⁷ Como se sabe, dicho error es únicamente tutelable en los recursos ordinarios, que son los que permiten la revisión de la *quaestio facti*, por el contrario, en los recursos extraordinarios, resulta vetada dicha infracción procesal, ya se alegue directa o indirectamente [STS, Sala de lo Social, 3782/2022 – ECLI:ES:TS:2022:3782, 26/10/2022, FD segundo I.D. “el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta. Así lo hemos advertido en multitud de ocasiones, como recuerdan las SSTs de 17 septiembre 2013 (rcud. 2212/2012); 3 diciembre 2014 (rcud. 1012/2013) y 17 junio 2014 (rcud. 1057/2013)”, y en el mismo sentido (prohibición de error en la valoración de la prueba, para el recurso de suplicación STSJ Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 3795/2025 de 23 Jul. 2025, Rec. 1487/2025, ECLI: ES:TSJGAL:2025:5266, FD Quinto, que recoge la doctrina de la STC 81/88 de 28 de abril, ECLI:ES:TC:1988:81. En los recursos extraordinarios únicamente tienen cabida las hipótesis de arbitrariedad cobijadas en el art. 24.1 CE: error de hecho o notorio y un razonamiento manifiestamente ilógico en la valoración de la prueba, por lo que en estos medios de impugnación es evidente que solo es dable controlar, indirectamente, la infracción de la regla de juicio en los supuestos más groseros. Es verdad que, en nuestra opinión, también deberían ser acogidas, como una manifestación de la arbitrariedad extrema, la falta de fijación de los hechos notorios o admitidos expresamente (cuya ignorancia suele tutelarse, los últimos, a través de la incongruencia por *extra petita*). Acerca de la posibilidad de entender, según la jurisprudencia del TS, que los correos electrónicos, incluidos los WhatAapp se consideren documentos aptos para fundar el error, ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., “Prueba de mensajería electrónica en el orden jurisdiccional social. Naturaleza jurídica, derechos fundamentales y prueba ilícita”, pp. 156-161, *Aplicaciones de mensajería instantánea, prueba digital y proceso*, VV.AA, GONZÁLEZ GARCÍA, S., Dir., Comares, Granada, 2026.

empleado por la jurisprudencia y el legislador, puede empañar la distinción entre ambos aspectos.

8. La modulación de la regla de juicio (inversión de la carga de la prueba)

Ahora bien, la necesidad y virtualidad práctica de la regla de juicio se hace patente cuando se altera su formulación originaria, dando lugar a lo que impropriamente se conoce como inversión de la carga de la prueba (modulación de la regla de juicio): no existe ni carga, *supra*, ni inversión⁷⁸.

Ya se anticipó que este fenómeno acontece bien por decisión del legislador en supuestos puntuales, recogidos al hilo de la formulación de la regla de juicio o bien en textos procesales o sustantivos con carácter específico, bien por construcción jurisprudencial que puede, o no, plasmarse en preceptos procesales (como ha ocurrido con la modulación de la regla de juicio en el caso de los derechos fundamentales en el proceso laboral) o, en última instancia, por decisión *ad hoc* del tribunal, habilitado por el legislador, en atención a los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria.

8.1. El fenómeno de la modulación

Desde muy pronto la doctrina aclaró que designar a esta modulación de la regla de juicio como una inversión de la carga de la prueba conduce a equívocos: no se altera el sentido del fallo que ha de dictarse, a favor del actor, si los hechos impositivos, extintivos o excluyentes resultan fijados, mientras que si se prueban los hechos constitutivos sería favorable al demandado (y, tampoco, consiguientemente, existe

⁷⁸ Aunque hay quien sostiene la existencia de la inversión, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga... op. cit.*, pp. 117 y ss., en general se desdeña, así por ejemplo DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 304, afirma que lo que acontece es una exoneración para el litigante de la carga de probar; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba...*, *op. cit.*, pp. 211 y ss., explica que lo que existe, frente a la regla de juicio general, son reglas especiales de distribución de la carga.

una inversión de la carga subjetiva o formal). Por el contrario, la regla de juicio sigue funcionando igual y otro tanto sucede con la carga subjetiva.

La así llamada inversión de la carga de la prueba consiste en que se tienen por fijados provisionalmente los hechos constitutivos (habitual, aunque no exclusivamente se trata de estos⁷⁹), esto es, que se produce, provisionalmente, la exoneración de la carga de su prueba a cargo del actor (o, más infrecuentemente, del demandado). Así, el funcionamiento de la modulación de la regla de juicio comporta:

- Que cabe hablar únicamente de una inversión de la secuencia temporal con la que juega la fijación de los hechos, y por ende la carga subjetiva: no se han de acreditar primero los hechos que favorecen al actor (o al demandado) para que tengan que resultar probados los que se oponen, sino que estos han de serlo en todo caso para evitar un pronunciamiento desfavorable. En ese sentido sí que se invierten los roles, secuencialmente, aunque no en el contenido sobre el que versa la carga de cada contendiente. Eso sí, la carga que recae sobre el demandado (o sobre el demandante) en los supuestos de modulación es mucho más intensa o agravada que la que resulta de la regla de juicio. Ahora bien, en cualquier caso, esta, la regla de juicio, la carga objetiva, permanece incólume.

- Que, a diferencia de la regla de juicio que opera tras la valoración de la prueba y que no estipula criterio alguno de fijación de los hechos, la modulación sí lo hace y además anticipadamente (por decisión del legislador, de la jurisprudencia o del tribunal) o, con mayor precisión, una vez que se fijan los hechos que suscitan la modulación. De esta manera, al igual que sucede con las presunciones legales (y otros mecanismos, *infra*), la modulación de la regla de juicio funciona como un mecanismo de fijación de los hechos al margen de la libre valoración de la prueba.

⁷⁹ *E.g.*, una acción rescisoria en la que el demandado alega que, en realidad, la causa alegada encubre una hipótesis de discriminación. Ahora bien, en el proceso laboral, la autotutela habitual de la empresa implica la necesidad de que sea el trabajador quien deba accionar frente a ella.

– Que consiste en una fijación provisional⁸⁰, no definitiva, *sub conditione*, que no excluye su destrucción si se fijan los hechos que se oponen a ella⁸¹ o bien si no se acredita o destruye su presupuesto, a la vez que también puede apuntalarse la fijación si se constata la existencia de los hechos constitutivos *per se ipsos*.

8.2. Fundamento de la modulación y su importancia en el proceso laboral

El fundamento de la regla de juicio es extraprocesal, la realidad material: la diferente disponibilidad y facilidad probatoria⁸² de cada contendiente respecto de los hechos y las fuentes de prueba. Se trata, en consecuencia, de una concreción de la paridad de armas, igualdad procesal, arts. 14 y 24.1 CE, en el plano probatorio (“exigir una indebida carga de la prueba” conculca el “principio de igualdad en la administración de la prueba”, STC 227/1991, 28 de noviembre de 1991, ECLI:ES:TC:1991:227,FJ 3⁸³), como

⁸⁰ De hecho, siguiendo a ROSENBERG, este mecanismo se llega a entender como una verdad provisional o interina, PAREDES PALACIOS, P., “El principio de facilitación probatoria en el proceso laboral, *Del derecho al razonamiento probatorio*, FERRER BELTRÁN, J.; VÁZQUEZ, C., eds., Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 77-104, p. 97.

⁸¹ STSJ Andalucía de Granada, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 1802/2025 de 17 jul. 2025, Rec. 2122/2024, ECLI: ES:TSJAND:2025:13075, FJ Tercero B, la empresa justifica su actuación (baja en seguridad social por pase a inactividad fijo discontinuo en IT).

⁸² Sobre ello, plasmando el criterio de flexibilidad auspiciado por la jurisprudencia en la aplicación del art. 1214 CE, como fundamento del art. 217 LEC, y la distinción entre ambos conceptos, aunque con escasa trascendencia práctica: facilidad (más amplio; se refiere a los hechos cuya prueba es compleja), disponibilidad (cercanía a fuentes) GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC”, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Coord. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; DAMIÁN MORENO, J.; GONZÁLEZ GRANDA, P.; LVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.; PÉREZ DEL BLANCO, G., tirant lo blach, Valencia, 2007, pp. 29-74. Además, se entiende que estos criterios también han de relacionarse con el deber de colaboración, por lo que se extiende su ámbito más allá de la carga de la prueba (aquí deberían jugar de forma restrictiva para evitar la inseguridad), al momento de la valoración de la misma (se utiliza como criterio la conducta procesal de la parte). La aplicación de estos criterios en el orden social, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La carga de la prueba en el proceso laboral español”, pp. 111-119.

⁸³ En el mismo sentido STC 14/92, de 03 de marzo de 1992, ECLI:ES:TC:1992:14, FJ 3 *in fine* “En consecuencia la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que contraría el art. 14 de la Constitución, pues no invierte la carga de la prueba, (...)”; en la STC,

también se recoge en la LJS⁸⁴. En consecuencia y, por su propia *ratio essendi*, la regla general exige su modulación en aquellos supuestos en los que la disponibilidad y facilidad de las partes respecto de los hechos y las fuentes de prueba es diferente, art. 217.7 LEC⁸⁵.

De esta manera, el proceso laboral, en función de la asimétrica posición material de las partes, la subordinación inherente a la relación jurídica laboral, lo que también se traduce en la vecindad a los hechos y el acceso a las fuentes de prueba en una gran cantidad de ocasiones, y por constituir el mecanismo de control de la autotutela ejercida por la empresa resultante de las facultades de dirección y organización, arts. 1.1, 5.c) y 20 ET, derivadas del derecho a la libertad de empresa, art. 38 CE⁸⁶, es campo abonado para la modulación de la regla de juicio⁸⁷. Efectivamente, aunque en el proceso civil existen importantes supuestos de modulación de la regla de juicio,

Sala Segunda, 165/2020, ES:TC:2020:165 FJ 4.B) “Doctrina de la facilidad probatoria”, se hace un repaso la doctrina constitucional desde 1991; más recientemente, STS Sala de lo Social, 542/2025, 04/06/2025, ECLI:ES:TS:2025:2850, FD Quinto E) Conclusión: la empresa tiene más facilidad probatoria para acreditar las exigencias del convenio para la progresión profesional del trabajador.

⁸⁴ “En este sentido, se recogen una serie de reglas sobre la carga probatoria, en especial en materia de accidentes de trabajo, conforme a la jurisprudencia social, para garantizar la igualdad entre las partes”, apartado V Preámbulo LJS.

⁸⁵ “(...) evitando las situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso o, lo que es lo mismo, garantizando la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio”, STC 227/1991, 28 de noviembre de 1991, ECLI:ES:TC:1991:227, FJ 4.

⁸⁶ Por ejemplo, SSTC 208/1993, de 28 de junio (BOE núm. 183, de 02 de agosto de 1993), ECLI:ES:TC:1993:208, FJ 4; 225/2001, de 26 de noviembre de 2001 (BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2001), ECLI:ES:TC:2001:225, FJ 4; 238/2005, de 26 de septiembre.(BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2005), ECLI:ES:TC:2005:238; FJ 4.

⁸⁷ “(...) constituyendo su fundamento principal el criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria recogido en el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la mayor dificultad que entraña para el trabajador demostrar la negligencia del empresario frente a la menor dificultad que supone para éste acreditar que actuó diligentemente.”, STSJ de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 3048/2020 de 23 jul. 2020, ECLI: ES:TSJGAL:2020:3979, FD Tercero; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 889/2022 de 14 Oct. 2022, Rec. 429/2022, ECLI: ES:TSJM:2022:12067, FD Cuarto II. En general, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La carga de la prueba y la tutela del trabajador”, *Relaciones Laborales* n. 20, 2009, pp. 599 ss.

especialmente en el ámbito del derecho de daños⁸⁸, la extensión en cantidad e importancia de esas hipótesis en el proceso laboral es muchísimo mayor. De hecho, y al margen de la aplicación supletoria de la LEC y de las presunciones de certeza que se atribuyen a ciertos documentos administrativos *infra*, es más que significativo, como se señaló, que las referencias a la carga de la prueba en la LJS se ciñan casi exclusivamente a su modulación: así sucede con los supuestos de discriminación y lesión de derechos fundamentales, los accidentes de trabajo, art. 96 LJS (aunque puede apreciarse en la jurisprudencia una dulcificación de la modulación al negar en muchas ocasiones la relación de causalidad entre el accidente y la infracción)⁸⁹,

⁸⁸ Así se ha destacado, GÓMEZ POMAR, F., *op. cit.*, pp. 1-2. Es lo que sucede con la competencia desleal, publicidad ilícita y discriminación, art. 217.4 y 5 LEC (al margen de las previsiones generales de las LL 15/2022 y 4/2023), la responsabilidad extracontractual vicarial, art. 1903 CC, consumidores, arts. 20.5 y 60.5 (la información de la oferta comercial, como también sucede con las obligaciones cuando se trata de bienes y contenidos digitales, art. 66 bis.5, así como del derecho de desistimiento, art. 69.2, negociación individual de las cláusulas, art. 82, información viajes combinados, art. 156, gestión de la reclamación por el minorista en esos viajes, art. 161.1), 20 bis, 46.10, 147, 162.3 TRLGDCU, RDL 1/2007, especialmente reforzada en el caso de responsabilidad cuasi objetiva, arts. 1905 a 1908 CC, los daños personales por tráfico art. 1. RDL 8/2004 LSRCVM, o la construcción jurisprudencial en los supuestos de daños resultantes de las actividades anormalmente peligrosas STS 1161/2016, Sala de lo Civil, Sección 1, 18/03/2016, ECLI: ES:TS:2016:1161, FD Quinto, el consentimiento informado en la responsabilidad sanitaria. Respecto a los supuestos de inversión en materia sanitaria (medicina satisfactiva; daño desproporcional y deber de información), ADÁN DOMENECH, F., *La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad médica (análisis de las actuaciones médicas conforme a la lex artis)*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pp. 127 y ss.

⁸⁹ De hecho, a partir “del inmodificado relato de hechos probados” se refuerza la argumentación afirmando, primero, que no existe infracción, para, a continuación, negar la causalidad entre el accidente y aquella, por ejemplo, STJS de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 3706/2020 de 30 jul. 2020, Rec. 1463/2020, ECLI: ES:TSJCAT:2020:7108, FD Segundo. Por otra parte, la imprudencia del trabajador también se toma en consideración a efectos de ponderar la indemnización, STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sentencia 254/2021 de 26 Ene. 2021, Rec. 340/2020, ECLI: ES:TSJCV:2021:314, FD Cuarto. Todo ello al margen de los supuestos en los que se aprecia la culpa temeraria o exclusiva del trabajador, STSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia de 26 jul. 2021, Rec. 423/2021, ECLI: ES:TSJGAL:2021:4870, FD Quinto. La STSJ de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, Sentencia 613/2020 de 4 jun. 2020, Rec. 39/2020, ECLI: ES:TSJICAN:2020:1741, rechaza la existencia de infracción de norma de prevención alegada (a la vez que se impide modificar en suplicación, por mutar el objeto, la norma infringida).

además de la previsión específica en el proceso de tutela de los derechos fundamentales, art. 181.2 LJS, los procesos por despido, art. 105 LJS, contemplada también en el ET, arts. 53.4 (extinción por causa objetiva⁹⁰), 55.5 (despido disciplinario por embarazo o permisos y excedencia), incluido el despido colectivo, art. 124.11 LJS, impugnación de sanciones impuestas por el empresario, arts. 114.3, 115.1.b) LJS, modificación sustancial por ETOP, art. 138.7⁹¹.

8.3. La vecindad de la modulación de la carga de la prueba con otros mecanismos de fijación fáctica *sub conditione*

Resulta notorio que si, en realidad, la modulación de la regla de juicio no es otra cosa que la fijación provisional, *sub conditione*, de ciertos hechos, su parentesco es más que evidente con otros mecanismos procesales que suscitan el mismo efecto⁹²:

– Por un lado, las presunciones legales *iuris tantum* (al margen de las que se conocen como falsas presunciones y que encubren directamente un supuesto de modulación de la carga, como puede ser el caso de la duración del contrato y la jornada, arts. 8.2,

⁹⁰ Debe tenerse presente, en cualquier caso, la hipótesis especial de los contratos de fomento de contratación indefinida, en los que, si el trabajador alega que el despido objetivo encubre una causa real de despido disciplinario, le corresponde la carga de la prueba de este hecho constitutivo, art. 121.3 LJS.

Sobre el contenido mínimo de la comunicación "(...) para poder estar en igualdad de condiciones en el proceso, lo que vincula a la carga y los medios de prueba que deben limitarse a los contenidos de la comunicación de extinción, (...)," STS Sala de lo Social 4700/2023, Sección: 1, 26/10/2023, ECLI:ES:TS:2023:4700, FD Segundo, en el que se recoge la abundante línea jurisprudencial al respecto, que data de 2010.

⁹¹ Se señala también como un supuesto jurisprudencial, por disponibilidad y facilidad, las horas extraordinarias: el empresario está obligado, art. 35 ET, a llevar el registro de las horas, BRAVO GUTIÉRREZ, P., "La prueba en el proceso laboral", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 38 (2022): 743-770.

⁹² Así, por ejemplo, DAMIÁN MORENO, J., "Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil", *Carga de la prueba y responsabilidad civil, op. cit.*, pp. 13-27, siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ, M., *op. cit.*, señala como tales en el CC los arts. 33, 69, 434, 1183, 1189, 1277, 1297 o 1769.

12.4. a y c, 15.1 ET⁹³), que también son otro mecanismo de fijación provisional⁹⁴, supeditado a la prueba del hecho base o indicio⁹⁵. Ahora bien, no es esa la diferencia con la inversión de la carga de la prueba, pues también en esta y como presupuesto para su activación, hay que acreditar los hechos que en los que se basa: *e.g.*, en los procesos sobre accidentes de trabajo (para que el empresario, como deudor de seguridad, deba acreditar el cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales⁹⁶) hay que demostrar la condición de trabajador, que el accidente tuvo lugar en el lugar de trabajo, el daño⁹⁷..., y lo mismo puede decirse en los procesos por

⁹³ Aunque sea discutible, se catalogan como falsas presunciones porque carecen de la razón de ser de aquellas: no engloban máximas de experiencia, sino que se estipulan para favorecer las opciones de la política de empleo del legislador en favor de la persona trabajadora, el principio de estabilidad en el empleo... Precisamente, se las llega incluso a reputar como ficciones legales (en tanto que el hecho base o indicio y el presunto no están en el mismo plano: la ausencia de forma escrita y el contrato indefinido carecen de una conexión lógica, art. 8.2 ET), sobre esta cuestión (a partir de la Ley de Relaciones Laborales, 1976),; CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral (Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”)*, Laborum, Murcia, 2004, pp. 55 y ss; VALLE MUÑOZ, F.A. (2025). «La presunción de indefinición del contrato de trabajo temporal por no respetarse su forma escrita»; *Lan Harremanak*, 53, 383–405. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.27501>), pp. 388–391; y también en “La indefinición del contrato de trabajo temporal por incumplimiento de los requisitos legales para su válida celebración”; *Labos*, Vol. 6, No. 1, pp. 96–120 / doi: 10.20318/labos.2025.940, pp. 97–99.

⁹⁴ Así DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, pp. 379–380, aunque las distingue del fenómeno de inversión de la carga de la prueba, acaba por reconocer que “hacen por surgir una carga eventual de la contraprueba de algunos hechos (los presuntos)”.

⁹⁵ Es tal la vecindad que se llega a afirmar que la presunción es un mecanismo de inversión, por ejemplo, TODOLÍ SIGNES, A.; TYC, A., “La carga de la prueba en el proceso laboral español y comparado”, *RTSS. CEF*, núm. 396 (marzo 2016) – Págs. 109–128, pp. 120–123.

⁹⁶ Aunque en ocasiones se revoca, a tenor del relato fáctico, la infracción de las normas de seguridad por la empresa, STSJ de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, Sentencia 1379/2020 de 16 dic. 2020, Rec. 832/2020, ECLI: ES:TSJICAN:2020:3060, FD Tercero.

⁹⁷ STSJ Andalucía de Málaga, Sala de lo Social, Sentencia 1434/2021 de 4 oct. 2021, Rec. 731/2021, ECLI: ES:TSJAND:2021:13249, FJ Tercero, resalta las dudas de las condiciones del accidente; STSJ Andalucía de Granada, Sala de lo Social, Sentencia 1795/2021 de 14 oct. 2021, Rec. 968/2021, ECLI: ES:TSJAND:2021:13525, FJ Cuarto, rechaza que exista causalidad entre la infracción y el accidente; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, Sentencia 794/2020 de 22 oct. 2020, Rec. 317/2020,

despido... De hecho, también se asemejan en la forma de oponerse a ellas: bien combatiendo la existencia del indicio o hecho base en la presunción, o el conjunto de hechos que activan la inversión de la carga (*e.g.*, que el accidente tuvo lugar en el lugar de trabajo...), bien el hecho presunto directamente, o en nuestro ejemplo, el hecho impeditivo: la debida diligencia del empresario, o la conducta temeraria del trabajador. De esta manera, la diferencia entre una y otra forma de fijación provisional de los hechos estriba, en primer lugar, en la distinta *ratio essendi* habitual de cada una: en el caso de las presunciones, el legislador las estipula en virtud de las máximas de experiencia⁹⁸, el hecho presunto es aquel que acontece en la inmensa mayoría de las ocasiones si se dan ciertas condiciones⁹⁹, mientras que en la inversión, aunque ese elemento también puede jugar, lo decisivo es el criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria. Valga como ejemplo la presunción de la relación laboral, art. 8.1 y dispo. Adic. vigesimotercera ET, o que las lesiones padecidas en el lugar y tiempo de

ECLI: ES:TSJM:2020:11786 FD Segundo, no da por acreditado el riesgo que genera el accidente; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, Sentencia 313/2021 de 23 abr. 2021, Rec. 299/2020

ECLI: ES:TSJM:2021:4437 FD Segundo, no se acredita que la conducta influyera en la salud; STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia 582/2020 de 4 May. 2020, Rec. 334/2020, ECLI: ES:TSJPV:2020:1333; FD Quinto, no aprecia vulneración alguna de norma de seguridad (tampoco alegada por el actor); Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia 1265/2021 de 20 jul. 2021, Rec. 956/2021, ECLI: ES:TSJPV:2021:2023 FFDD Tercero y Cuarto, no resulta probado que el trabajador estuviera en contacto con el amianto.

⁹⁸ Reglas con proposiciones de naturaleza tendencialmente general que, perteneciendo a la cultura media y sentido común, integran, sin agotar, el *stock of knowledge* de cada uno, y que en el caso del tribunal cumplen una función epistémica y justificativa, TARUFFO, M., "Consideraciones sobre las máximas de experiencia", Páginas sobre justicia civil, trad. ARAMBURU CALLE, M., Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 439-450.

⁹⁹ Por ejemplo, que concurren las causas de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por ETOP si el periodo de consultas concluye con acuerdo, art. 41.4 ET, o la reducción de jornada o suspensión en el mismo supuesto, art. 47.3 ET, así como la inaplicación del convenio colectivo por ETOP en idéntica hipótesis, art. 82.3 ET, la prórroga tácita del contrato de duración determinada, art. 49.1.c) ET, o la falta de pago o retrasos en el abono de salarios dentro de unos plazos como causa justa de extinción por voluntad del trabajador, art. 50.1c) ET. Ahora bien, no deja de ser cierto que se entiende que uno de los supuestos que justifica la técnica de la presunción "es cuando a juicio del legislador resulta sumamente difícil la prueba positiva de una afirmación", SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Artículo 1250", *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 610.

trabajo constituyen un accidente de trabajo, art. 156.3 LGSS¹⁰⁰, frente a la necesidad de que el empresario acredite la diligencia en el cumplimiento de las disposiciones en materia de prevención de riesgos laborales, art. 96.2 LJS. Pero, además, en segundo lugar, también es evidente que la carga de acreditar los hechos que originan la modulación, *e.g.*, que se trata de un trabajador y que ha sido despedido por la empresa, resulta, habitualmente¹⁰¹, mucho más liviana que la de probar el indicio o hecho base, además de que, también de ordinario, la modulación de la regla de juicio suele resultar más decisiva para el sentido del fallo que la presunción (al resultar favorecido solo un hecho). En cualquier caso, el legislador es sensible a esta vecindad

¹⁰⁰ La prórroga tácita indefinida del contrato temporal, art. 49.1 c) ET también se puede reputar como una presunción, LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “El objeto de la prueba”, La prueba en el proceso laboral, GONZÁLEZ CANO, M.I. (Dir.); ROMERO PRADAS, M.I. (Coord.), Valencia, 2017, pp. 117-168, si bien también se le atribuyen otras naturalezas jurídicas, VALLE MUÑOZ, F.A., “La prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal como manifestación del principio de estabilidad en el empleo”, *TEMAS LABORALES* núm.174/2024. pp. 11-40, pp. 19-25.

¹⁰¹ Aunque no siempre es el caso, y existen supuestos que plantean dudas, como resulta en los supuestos de despidos por ETOP, en los que es al trabajador a quien corresponde demostrar la existencia de la representación legal de los trabajadores (la empresa alegó su inexistencia) cuando se aduce el incumplimiento de la notificación de extinción del contrato a esta, arts. 52.c) y 53.1.b) ET. STS Sala de lo Social, Sección 1, 31/03/2022, 1276/2022 – ECLI:ES:TS:2022:1276, Sección: 1, FD Cuarto.2, porque constituye un hecho constitutivo y no corresponde al empleador probar un hecho negativo. Y paradigmático es el caso de los despidos verbales, en los que la empresa no tiene que probar que no despidió verbalmente al trabajador, STS de 19 diciembre de 2011, Sala de lo Social, recurso 882/201, ROJ: STS 9364/2011, ECLI:ES:TS:2011:9364, FD Segundo, puesto que se trata del hecho constitutivo que fundamenta la pretensión de la persona trabajadora, además de que la disponibilidad y facilidad probatoria no justifican la modulación, “ya que el trabajador podría perfectamente dirigirse al empresario, por escrito o de palabra, acompañado de testigos, a raíz del despido del que afirma haber sido objeto, requiriéndole para que le admitiese al trabajo, mientras que para el empresario, en tanto no oponga un abandono del trabajador, tal prueba constituiría un hecho negativo.”; ahora bien, si la empresa alega que no se trata de un despido sino de una dimisión del trabajador, le corresponde a ella, por facilidad probatoria, acreditar tal hecho, ATS, Sala de lo Social, Sección 1, 17854/2022, 13/12/2022, ECLI:ES:TS:2022:17854A, FD Primero. De la misma manera que para provocar la presunción contenida en el art. 15.4 ET (carácter indefinido), le corresponde a la persona trabajadora probar que el contrato temporal no se hizo por escrito, VALLE MUÑOZ, F.A., (2025). «La presunción de indefinición del contrato de trabajo temporal por no respetarse su forma escrita»; *Lan Harremanak*, 53, 383-405, p. 396.

o colindancia entre las presunciones y la modulación de la regla de juicio, como lo demuestra que en las conclusiones del juicio ordinario civil se traten conjuntamente¹⁰².

– Por otra parte, el legislador, para favorecer la tutela del crédito o ciertas situaciones jurídicas en los supuestos ya explicitados, tras exigir un principio de prueba de la legitimación, impone la carga de la oposición al demandado pues de otro modo otorga la tutela solicitada. Ahora bien, en algunos de estos supuestos la fijación es provisionalísima, en tanto que la oposición del demandado no exime al actor de probar la existencia de los hechos constitutivos como sucede en los juicios monitorios civiles, si se trata del juicio ordinario, arts. 818.2, LEC, o la jura de cuentas, arts. 34 y 35 LEC y restablece el juego habitual, secuencial, de la regla de juicio; mientras que, en otros supuestos, incluido el monitorio laboral, art. 101.d) LJS, o el civil que se transforma en juicio verbal, art. 818.2 y 3 LEC, la oposición del demandado constituye una suerte de demanda¹⁰³, de tal forma que los hechos que fundamentan su oposición se convierten en hechos constitutivos. En estos últimos supuestos, “demanda de oposición”, es evidente que el fenómeno que acontece es equivalente al de la modulación de la regla de juicio, con tres diferencias: la primera es que el principio de prueba que se exige para incoar estas modalidades de tutela privilegiada no necesita de otra actividad por parte del acreedor para provocar el efecto pretendido; la segunda es, una vez más, la *ratio essendi*, puesto que se trata de hipótesis especialmente pensadas (incluida la tutela ejecutiva) para favorecer al acreedor, *favor creditoris*, sin tener en cuenta para nada la disponibilidad y facilidad probatoria; y la tercera es que en estos casos, el actor tiene asegurado el éxito de la tutela solicitada si no se acredita la oposición, algo que no sucede ni con las presunciones ni con la modulación de la regla de juicio (en tanto que, como regla general, hay que acreditar otros hechos).

¹⁰² “En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre las presunciones y carga de la prueba (...)”, art. 433.2 LEC.

¹⁰³ Es lo que sucede también con la oposición cambiaria, art. 824.2 LEC, oposición de fondo a la ejecución, en el proceso laboral a través de recurso de reposición, art. 239.4 LJS, arts. 560, 695 LEC, algunas modalidades sumarias del juicio verbal, art. 444 LEC.

- Pero, además, en el ámbito administrativo y por ende en la, posible, tutela jurisdiccional subsiguiente, existe un valor reforzado probatorio de ciertos documentos, una presunción de certeza de los “hechos y circunstancias reflejados (...) salvo prueba en contrario”¹⁰⁴, como sucede con las actas de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, arts. 53.2 LISOS, RDL Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, 15 y 41 RISOS, RD 928/1998, de 14 de mayo, que no hacen sino particularizar la previsión del art. 77.5 LPACAP (documentos formalizados por funcionarios con la condición de autoridad)¹⁰⁵, circunscritos por la jurisprudencia a “los hechos directa y sensorialmente percibidos por el Inspector”¹⁰⁶ y que se traducen en los arts. 23.7 LJS (procesos contra el FGS), 147.3.b LJS (impugnación prestaciones por desempleo), 150.2.d), en los procedimientos de oficio¹⁰⁷, 151.8 LJS impugnación de

¹⁰⁴ Se afirma que, a tenor de “la objetividad de los funcionarios”, “requiere para su desvirtuación pruebas indubitadas, incontestables y fehacientes, no bastando cualquier prueba, sino que ésta debe ser directa, eficaz y plenamente convincente para que pueda desvirtuar dicha presunción”, por lo que “el parte de accidente, debido a su carácter de parte y por ello mismo parcial y subjetivo, no reunía carácter convincente”, STSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 3716/2020 de 24 Sep. 2020, Rec. 185/2020, ECLI: ES:TSJGAL:2020:5446, FD Primero.

¹⁰⁵ “5. Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”.

¹⁰⁶ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 918/2020 de 9 oct. 2020, Rec. 2/2020 ECLI: ES:TSJM:2020:11324, FD Segundo, que recoge la jurisprudencia del TS en la que se recapitula STS 2884/2020, Sala de lo Social, Sección 1, 08/09/2020, ECLI:ES:TS:2020:2884, FD Tercero.2, que la presunción *iuris tantum* de veracidad, que alcanza también a los informes, se ciñe solo a los “hechos” constatados por el Inspector, no a su valoración y que “... la actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos” (STS SG 18/03/14 -rco 114/13 - FJ 4.3, asunto “DOPEC, SL), y en la que además se señala que no se trata de un documento en sentido estricto, a efectos del error de hecho en los recursos extraordinarios, sino de “manifestaciones documentadas”.

¹⁰⁷ “d) Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.”

actos administrativos no prestacionales¹⁰⁸, amén de todos aquellos otros procesos laborales en los que dichas actas e informes resulten capitales (por ejemplo, además de las oportunas sanciones por infracción de las normas de prevención y riesgos laborales, arts. 42 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, 5.2 LISOS, recargo por prestaciones en los accidentes de trabajo, art. 164 LGSS, RDL 8/2015, accidentes de trabajo, arts. 156 LGSS y 142.2 LJS). Esta fijación provisional de los hechos no descansa precisamente en la disponibilidad y facilidad probatoria como la modulación de la regla de juicio, sino en la necesidad de reforzar la actuación administrativa, incrementando hasta el extremo la presunción de legalidad que preside aquella, art. 39.1 LPACAP, para reafirmar la eficacia (y la autotutela inherente) de su actuación¹⁰⁹. Para comprobar el diferente alcance del valor reforzado de estos documentos (actuaciones documentadas) y la modulación de la regla de juicio, hay que reparar que esta no es factible en los procesos sancionadores por contravenir la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa, art. 53.2.b) LJS: no es posible realizar, *ex nihilo*, una fijación provisional abstracta (la modulación de la regla de juicio) de responsabilidad, mientras que sí se admite la fijación provisional de aquella resultante de una actuación administrativa concreta

¹⁰⁸ Estipula la presunción de certeza respecto de los hechos contenidos en las actas de infracción elaboradas por Inspectores y Subinspectores de la SS, así como los recogidos en los documentos públicos por quienes tienen la condición de autoridad.

¹⁰⁹ Es evidente que esta fijación provisional no acontece con el valor que se atribuye a los documentos públicos (emanados del fedatario público), prueba legal o tasada, que no admite prueba en contrario, arts. 319.1 LEC y 1218 CC, respecto únicamente de los elementos externos de aquellos y no del contenido interno de los mismos (la adecuación a la realidad de lo manifestado ante el fedatario), y en el mismo sentido pero admitiendo prueba en contrario, los documentos oficiales, administrativos no elaborados por fedatario, art. 319.2 LEC. Ahora bien, sí existe una fijación provisional, fundada en máximas de experiencia como en el caso de las presunciones, cuando se trata, dentro del interrogatorio de parte, de hechos personales y perjudiciales que son admitidos, art. 316.1 LEC. Se trata de la concepción originaria, aunque hoy en día se reputa también como un mecanismo de simplificación del juicio, una “especie de ficción jurídica”, TARUFFO, M., “Observaciones sobre las ficciones jurídicas y el proceso civil”, *Páginas sobre justicia civil*, trad. ARAMBURU CALLE, M., Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 291-293.

que, a la postre, obliga al administrado a demostrar su inocencia a partir de la prueba preconstituida de la Administración¹¹⁰.

Ahora bien, este valor reforzado de ciertas actuaciones administrativas documentadas no es unilateral, sino bidireccional: afecta a todos los sujetos involucrados, por lo que también juega (con el matiz indicado en nota a pie de página), si fuera el caso, en contra de la persona trabajadora, que tendrá que, de hecho, oponerse a su contenido para exigir la oportuna responsabilidad de la empresa¹¹¹.

Preciso es advertir que la reciente jurisprudencia comunitaria ha obligado en el proceso civil a otorgar un valor reforzado (acciones de nulidad e indemnización por daños), salvo prueba en contrario, a las resoluciones de la autoridad de la competencia firmes que han constatado la infracción del Derecho de la competencia en hipótesis coincidentes (si la naturaleza de la presunta infracción objeto de esas acciones y su alcance material, personal, temporal y territorial coinciden con los de la infracción declarada en la resolución, carga que recae en el demandante)¹¹². En este

¹¹⁰ Como es notorio, esta es la diferencia fundamental entre la presunción de inocencia en tanto que derecho fundamental procesal, art. 24.2 CE y la presunción administrativa de ausencia de responsabilidad. Sobre esta cuestión, STC 76/90, Pleno, ECLI:ES:TC:1990:76, FJ 8.B), al analizar la constitucionalidad del art. 145.3 LGT y el valor probatorio allí estipulado a las actas de la Inspección.

¹¹¹ Así sucede en los accidentes de trabajo o el recargo por prestaciones si la inspección afirma no haber constatado infracción alguna en materia de seguridad, por ejemplo, STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 1916/2021 de 9 abr. 2021, Rec. 517/2021, ECLI: ES:TSJCAT:2021:3666, FD Cuarto. Es cierto que no es lo mismo constatar que ha existido una infracción de la normativa, que hacer constar que no se ha apreciado tal: es la diferencia que existe entre el hecho probado y la ausencia de prueba de un hecho, pero lo cierto es que, *de facto* la posición del trabajador queda enormemente debilitada y recae sobre él la carga de la prueba de la infracción, así como del vínculo de causalidad con el accidente.

¹¹² Se trata de aquellos supuestos en los que la autoridad no ha examinado el contrato litigioso (porque si lo hizo existe una vinculación absoluta, arts. 75 Ley Defensa Competencia, Ley 15/2007, de 3 de julio, y 9 de la Directiva 2014/104/UE) sino otro que presenta las “coincidencias” señaladas. Así el TS recoge el cambio de jurisprudencia obligado por la la STJUE de 20 de abril de 2023, C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298, STS Sala de lo Civil, Pleno, 5266/2024, 06/11/2024, ECLI:ES:TS:2024:5266, FD Segundo 3; un comentario se encuentra en DE FÉLIX PARRONDO, E.; CERVANTES I GÓMEZ, J., “Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2024 (1469/2024) y de 7 de noviembre de 2024 (1474/2024)”, *Derecho de la competencia*, pp. 91 a 101,

caso, la *ratio essendi* recae en reforzar las previsiones de los arts. 101 y 102 TFUE sobre normas de la competencia y la seguridad jurídica en las demandas de reparación de daños.

8.4. El problema de la modulación ad hoc y el derecho de defensa

Si la formulación de la regla de juicio comporta seguridad jurídica, con su modulación acontece necesariamente otro tanto. Pero lo decisivo es la conexión entre la seguridad jurídica y el derecho de defensa, art. 24.2 CE: hasta qué punto la modulación resulta decisiva a esos efectos. Si bien no existe dilema alguno para el derecho de defensa de las partes, dado su conocimiento previo, cuando existe una modulación de la regla de juicio *ex ante*, legal o jurisprudencial, sí que resulta más problemático a esos efectos la modulación puntual que puede realizar el tribunal, art. 217.7 LEC, atendiendo a la disponibilidad y facilidad probatoria en un caso concreto. Podría argumentarse en sentido contrario que, en realidad, al no existir una verdadera inversión de la regla de juicio, el demandado diligente sigue estando interesado en todo caso en fijar los hechos que le favorecen. De esta manera, ciertamente, su estrategia defensiva no se ve afectada, al menos radicalmente, por la modulación de la regla de juicio. Ahora bien, la perspectiva es muy diferente cuando se compara la modulación *ad hoc* con las otras hipótesis de modulación *ex ante*, legal o jurisprudencial, y con aquellos otros supuestos que también conllevan aparejada una fijación provisional de los hechos constitutivos (presunciones legales, tutelas privilegiadas del crédito o valor reforzado de ciertas actuaciones documentadas). En todos estos casos, la parte ostenta un conocimiento previo del alcance de la carga que pesa sobre ella, de su exacta situación procesal. Por ello, para evitar que la modulación puntual se convirtiera en un supuesto excepcional, sorpresivo, que afecte al derecho de defensa (por déficit de información respecto a la existencia de una fijación provisional de los hechos que le perjudican), frente a todos aquellos otros mecanismos que provocan la misma eficacia procesal, se precisa de la advertencia del tribunal acerca de esta circunstancia con la suficiente antelación. En realidad, el

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2024-6.

dilema no es tanto procesal como procedimental: cuándo articular en el proceso la advertencia de la modulación¹¹³. Ciertamente, solo podrá acontecer cuando se examine la pretensión del actor, y la disponibilidad y facilidad probatoria que ostenta ante los hechos y las fuentes de prueba¹¹⁴. En atención a que la prueba documental y pericial en el proceso laboral ha de aportarse con antelación al juicio, art. 82.5 LJS¹¹⁵, lo lógico es que sea en ese momento cuando el tribunal advierta sobre la modulación *ad hoc*, que también podría solicitarse en la demanda, art. 81.4 LJS¹¹⁶.

9. La modulación de la regla de juicio cuando se alega la lesión de los derechos fundamentales

Por su propia idiosincrasia, derivada de la relación jurídica material enjuiciada y sus consecuencias procesales, *supra*, al constituir los derechos fundamentales uno de los límites consustanciales a las facultades de dirección y organización de la empresa, en el proceso laboral se estipuló la modulación de la regla de juicio cuando se alega la lesión de los derechos fundamentales. Así, como es notorio, lo dispuso el TC¹¹⁷ y se plasmó en los textos positivos.

¹¹³ Sobre esta cuestión, aunque no la considera como una modulación (regla especial en su terminología, sino unos principios, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba en los supuestos...*, op. cit., pp. 228-236. Y acerca de la necesidad de recoger la obligación del tribunal de advertir de su empleo antes de la práctica de la prueba, FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, M.J., "Incidencia de la inversión judicial entre las partes en la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los litigantes", *Diario La Ley*, 2015.

¹¹⁴ De hecho, las diligencias preliminares, arts. 76 LJS y 256 LEC, recogen los supuestos extremos en los que se necesita, por imposibilidad de acceder a las fuentes de prueba (u otros datos), la actuación del tribunal a efectos de poder impetrar la tutela judicial.

¹¹⁵ Será entonces cuando la parte indicará la indisponibilidad de los documentos, arts. 82.5.3º LJS y 270.1.3º LEC, a efectos de eludir la preclusión interna allí prevista.

¹¹⁶ En el proceso civil lo lógico es que en el proceso ordinario se advierta en la audiencia previa, art. 429 LEC, mientras que, en el juicio verbal, tras la reforma LO 1/2025, debería realizarse en el auto en el que el tribunal decide sobre la admisión de la prueba, resuelve las cuestiones procesales y se pronuncia sobre la celebración de la vista, art. 438.10 LEC.

¹¹⁷ Muy tempranamente, a través de lo dispuesto en los Convenios de la O.I.T., se desplazó al demandado la carga de probar que el despido, que afectaba a la libertad sindical, no obedecía a un

Esta modulación genérica no opera en el proceso civil por no concurrir los presupuestos que la activan: la naturaleza y asimetría de la relación material de la que deriva el interés legítimo tutelado ni la consiguiente afectación de la disponibilidad y facilidad probatoria respecto de los hechos y las fuentes de prueba con carácter general. En el orden civil, cuando se trata de los derechos fundamentales, solo acontece la modulación si existe una previsión normativa específica, como sucede con la prohibición de discriminación (incluida por razón de sexo), arts. 217.5 LEC, 30.1 L 15/2022, 66.1 L 4/2023, justificada por la disponibilidad y facilidad probatoria¹¹⁸, o bien así se aprecie puntualmente por el tribunal, art. 217.7 LEC, por el mismo motivo (con la prevención que se acaba de señalar *supra*). Ahora bien, la modulación también puede operar excepcionalmente, al tratarse de una cuestión prejudicial, en otros órdenes¹¹⁹.

La modulación genérica que contempla la LJS cuando se trata de los derechos fundamentales presenta, a diferencia de las restantes, varias peculiaridades

motivo discriminatorio STC 38/1981, de 23 de noviembre (BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 1981) ECLI:ES:TC:1981:38, FJ 3, pero posteriormente se exigió la existencia de indicios para que operase la modulación, así, por ejemplo, STC 75/2010, 19 de octubre de 2010, (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010), ECLI:ES:TC:2010:75 FJ 3 “Es sabido, sin embargo, que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (entre tantas otras, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; o 17/2003, de 30 de enero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”. La doctrina entendió que se trata de aligerar la carga del trabajador, MONEREO PEREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 24.

¹¹⁸ “También se regulan las reglas de la carga de la prueba, de especial importancia en este campo, por la dificultad de su obtención”, apartado III preámbulo L 15/2022.

¹¹⁹ Por ejemplo, cuando se reclama responsabilidad patrimonial ante el orden c-a en un supuesto de acoso laboral, Sentencia 28/2025 de 10 Feb. 2025, Rec. 3672/2022, ECLI: ES:TC:2025:28, FFJJ 5 y 6.

9.1. La necesidad de que existan indicios fundados y su control en los recursos

La primera y más importante, por su trascendencia en la instancia y los recursos, es que, frente a las otras modulaciones de la regla de juicio, no se consagró con carácter absoluto: se reputó excesivo que operase a raíz de la mera alegación del demandante de la existencia de dicha lesión¹²⁰, algo que también resultaría trascendental para el desistimiento previsto en el periodo de prueba, art. 14.2 ET, y se estipuló la necesidad de que existan indicios fundados (aunque el art. 181.2 LJS omite esta exigencia)¹²¹.

El problema, como es notorio, de la exigencia de aportar indicios¹²² de la lesión estriba en ponderar o revisar su concurrencia en los recursos extraordinarios (en los que, como se ha recordado, no es dable alegar el error en la valoración de la prueba), por

¹²⁰ El presupuesto de esta modulación, supeditada a los indicios, es nuevamente la facilidad probatoria, SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, A., "Inversión de la carga probatoria en los pleitos sobre vulneración de la garantía de indemnidad", *Diario LA LEY*, Nº 10348, Sección Tribuna, 14 de septiembre de 2023, 8029/2023.

¹²¹ De hecho, y a esos efectos (para imponer la existencia de indicios fundados) hubo de modificarse la LEC, art. 217.5, que había consagrado la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación, siguiendo el tenor de la LO 3/2007 de igualdad, sin recoger dicho presupuesto, tal y como también sucedió con el art. 60.7 LJCA. Por el contrario, sí que se exigían los indicios en el art. 32 de la Ley 62/2003 (discriminación por razones raciales o étnicas), y el art. 77 RDL 1/2013 (discriminación en supuestos de discapacidad).

¹²² El despido o el desistimiento cuando se trata de la mujer embarazada se regula como una causa de nulidad objetiva, arts. 14.2 y 55.5 b) ET, diferente al que trae causa de discriminación, tanto en el despido como en el desistimiento en el periodo de prueba, por lo que no se exige aportar indicios, ni el conocimiento de la empresa de esta circunstancia, ELORZA GUERRERO, F., "La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio" *TEMAS LABORALES* núm. 98/2009, pp. 239-248; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León", *Revista de investigación económica y social de Castilla y León*, nº 7, 2004, 235 pp., pp. 215-224. Fue en 2019, Real Decreto-ley 6/2019, cuando se amplió normativamente esta protección al periodo de prueba, dado que anteriormente el T.C., a tenor de la diferente regulación, entendía que en esa figura no constituía una causa de nulidad objetiva, sino que entraba dentro de los supuestos de discriminación que sí exigían indicios, STC Pleno 173/2013, de 10 de octubre de 2013, BOE, 7 noviembre 2013, ECLI:ES:TC:2013:73, FJ 4.

varios motivos. El primero es concomitante a toda la prueba indiciaria¹²³: es una cuestión que atañe a la valoración de la prueba¹²⁴. El segundo motivo consiste en que, si ya es difícil en los recursos extraordinarios el control de la fijación definitiva de los hechos a través de la prueba indiciaria, todavía lo es aún más cuando se trata de revisar si realmente existió un principio de prueba de la legitimación para la fijación provisional de aquellos. A esos efectos, para constatar la fragilidad de la inferencia que realiza el tribunal inicialmente y la dificultad de su revisión, resulta paradigmático el caso de la tutela cautelar¹²⁵. De hecho, en algunos supuestos en los que debe

¹²³ En sentido crítico al empleo del término indicios, porque implicaría que el hecho base o indicio estuviera plenamente acreditado (postura ya defendida en el trabajo que hemos venido citando) RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., "La carga de la prueba en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: algunas consideraciones críticas desde la óptica del proceso civil", *Diario La Ley*, Nº 10131, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2022, LA LEY 764/2022. sin embargo, no ocurre así en el proceso penal, texto principal: pueden existir indicios sin llegar a ser suficientes para tener acreditados unos hechos pero sí suficientes para adoptar medidas cautelares y actos de investigación, VV.AA., *El principio constitucional de intervención indiciaria*, MARTÍN MORALES, R., Dir, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000. Sobre la exigencia de los indicios en el proceso civil cuando se trata de la discriminación (por razón de género), CASTILLEJO MANZANARES, R., "La carga de la prueba en los procesos civiles por discriminación", *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado. Carmona III*, TORRES GARCÍA, T., Dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, VIII. Derecho Procesal, pp. 955-968.

¹²⁴ Ciertamente que ello no ha impedido en el proceso penal, estipular una suerte de estándares generales sobre los requisitos que han de cumplir los indicios para desvirtuar la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, y examinar su cumplimiento en cada caso (es cierto que no se pondera si, *e.g.* el testimonio ofrecido debe tomarse como cierto, sino si es suficiente por sí mismo o con otras pruebas para inferir el resultado al que se llega). Se trata, en definitiva, del pariente más próximo a los estándares de prueba que existían históricamente. Ahora bien, debe recordarse que dicho derecho fundamental procesal es una excepción: permite realizar, incluso en los recursos extraordinarios (y, por supuesto, en el amparo), una revisión de la fijación de la *quaestio facti* si es arbitraria, mientras que en el resto de los supuestos, cuando está en juego la tutela judicial efectiva, art. 24.1CE, lo que incluye al proceso laboral, exige una fijación manifiestamente arbitraria de los hechos (sobre todo a través de los indicios o del error de hecho notorio), para que el tribunal pueda apreciarla. O, dicho de otra manera, la presunción de inocencia exige unos indicios reforzados para desvirtuarla, que comportan una revisión más intensa por el tribunal *ad quem*, algo que no sucede que en el resto de los supuestos.

¹²⁵ Una vez que se produce la cosa juzgada formal, existe el deber de indemnizar los daños y perjuicios si se desestima la pretensión del demandante; no se examina si el principio de prueba de la legitimación, el *fumus boni iuris*, arts. 79.3 LJS y 728.2 LJS, realmente concurrió *ab initio*, art. 745 LEC

ponderarse un principio de prueba de la legitimación, el legislador estipula expresamente en qué consiste aquel¹²⁶, aunque en otras ocasiones realiza una formulación genérica¹²⁷. El supuesto más similar al que nos ocupa acontece en el proceso penal cuando hay que constatar en los actos de investigación o en las medidas cautelares que restringen derechos fundamentales, si concurrieron los indicios exigidos a esos efectos. Ahora bien, debe repararse que en dicho orden jurisdiccional juega el principio de intervención indiciaria, habitualmente englobado dentro del principio de proporcionalidad, art. 588 bis.b.2.2º LECrim, que exige un control mucho más intenso de los indicios¹²⁸.

Y, por último, como tercera causa, al cubrir el juego de los derechos fundamentales multitud de supuestos, el control de la concurrencia de los indicios es, por su propia esencia, casuístico¹²⁹: no cabe estipular más que formulaciones genéricas, como resultan de las admoniciones del TC: se exigen indicios fundados.

Lo cierto es que entre el principio de prueba de la legitimación (de una parte de ella) como presupuesto procesal para determinados actos procesales y la legitimación *ad causam* que se dilucida en la sentencia sobre el fondo, existe una diferencia conceptual: puede concurrir una y no otra. Incluso en el supuesto de las medidas cautelares, aunque se desestime la pretensión del actor, y, al margen de que puede tratarse de una sentencia de absolución en la instancia, aplicando los mismos criterios que existen en materia de costas, art. 394 LEC, ¿acaso no podía tratarse de un supuesto dudoso?, ¿y no existe el vencimiento parcial? Por eso, parece que el legislador se inclina por el criterio de la responsabilidad procesal objetiva en el caso de la tutela cautelar.

¹²⁶ Así sucede, por ejemplo, con el juicio monitorio, arts. 101.a) LJS, 812 LEC, juicio cambiario, art. 819 LEC, la exhibición de documentos ya sea como diligencia preliminar o prueba documental cuando se trata de propiedad intelectual o industrial, arts. 256.1.8º y 328.3 LEC, u otros supuestos ya enunciados, arts. 266, 439.2.3º, 4 LEC...

¹²⁷ Como en el acceso a las fuentes de prueba en competencia, art. 283 bis a). 3.a) LEC, o el aseguramiento de prueba en propiedad industrial e intelectual, art. 297.2 LEC...

¹²⁸ “indicio racional de criminalidad”, auto de procesamiento, art. 384 LECrim; “motivos bastantes”, art. 503.1.2º LECrim, prisión provisional; “indicios” a secas, arts. 546, entrada y registro en lugar cerrado, y 579.1 LECrim, detención correspondencia escrita; “indicios graves”, registro de libros y papeles, art. 573 LECrim; “indicios fundados”, art. 544 ter LECrim, orden de protección; “indicios de criminalidad”...

¹²⁹ BERNAL CAPUTTO, D.J., “La inversión de la carga de la prueba como técnica para la defensa de las personas vulnerables en los procesos laborales”; *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, coord. ÁLVAREZ ALARCÓN, A., tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 239-256, p. 250 y ss.

Pues bien, a pesar de todas estas dificultades, lo cierto es que la exigencia de indicios para suscitar la modulación de la regla de juicio en el caso de alegación de la lesión de los derechos fundamentales, ha provocado que se haya expandido la revisión de la fijación de la *quaestio facti*, aunque se trate de un control externo, en los recursos extraordinarios en el proceso laboral, hasta un margen desconocido en otros órdenes salvo en el caso de la presunción de inocencia y el proceso penal (o de la constatación de la discriminación en el orden civil y c-a). De hecho, por tratarse de un examen de tal intensidad de la *quaestio facti*, el TC se ve impelido a señalar que el canon a emplear no puede limitarse al control de la arbitrariedad, razonabilidad o interpretación manifiestamente errónea del art. 24.1 CE, sino el del derecho fundamental sustantivo que, en ocasiones, puede estar en liza (por ejemplo, la discriminación por razón de sexo o género), lo que le permite “alcanzar una interpretación propia del relato fáctico”¹³⁰.

De esta manera, el examen de la jurisprudencia revela las más variopintas situaciones¹³¹: desde aquellas hipótesis en las que el control de la exigencia indiciaria,

¹³⁰ STC 81/2024, de 3 de junio, (BOE núm. 164, de 08 de julio de 2024), ECLI:ES:TC:2024:81 FJ 4.b), “(...) ya que aquí el canon de enjuiciamiento no es el del art. 24 CE sino el del derecho fundamental sustantivo cuestionado, es decir, el derecho fundamental a la no discriminación por razón de identidad de género (mutatis mutandis, para los supuestos de alegación de discriminación por razón de sexo véanse las SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ 5, y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 5)”. Es la reproducción literal del inicio del FJ 6.b) de la STC 67/2022, de 2 de junio, (BOE núm. 159, de 04 de julio de 2022), ECLI:ES:TC:2022:67. Y sigue la STC 81/2024 en el FJ 4.b): “Ahora bien, dicho canon de enjuiciamiento se proyectará sobre “los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC, lo que no impide, según establecimos en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio, o 17/2003, de 30 de enero, que podamos alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia” (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 4).”.

¹³¹ La propia terminología empleada por el T.C. no es uniforme, como señala la doctrina: “La adjetivación de los referidos indicios se produce en tanto racionales (STC 38/1986, de 21 de marzo), razonables (STC 114/1989, de 22 de junio, —F. J. 5º—), meras sospechas, también razonables (STC 38/1986, de 21 de marzo), o principios de prueba (STC 21/1992, de 14 de febrero, — F. J. 3º—)”, SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, “El tratamiento procesal de la discriminación por razón de enfermedad infectocontagiosa en el marco de las relaciones de trabajo”, *LA LEY* 4806/2021, pp. 1-16, p. 9.

a favor o en contra de la modulación¹³², es muy riguroso o suficientemente racional¹³³, hasta otras en las que hay que apoyarse en estadísticas (*e.g.*, se considera suficiente la existencia de estadísticas¹³⁴), o a través de mensajes de aplicaciones de mensajería

¹³² STSJ Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 3806/2025 de 24 jul. 2025, Rec. 1383/2025, ECLI: ES:TSJGAL:2025:5523, FF.DD. Segundo y Tercero: se considera que la baja médica alegada como indicio de discriminación por enfermedad no es suficiente, a tenor de los hechos descritos en el despido disciplinario (quiebra de la buena fe, abuso de confianza, entre otros motivos por apropiación indebida);

STSJ Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 3826/2025 de 28 jul. 2025, Rec. 1520/2025, ECLI: ES:TSJGAL:2025:5537, FD Tercero, se considera que un control poco ortodoxo de las bajas de IT no es indicio suficiente de discriminación por enfermedad.

¹³³ Así sucede cuando se examina la discriminación por razón de sexo, cuando se deniega la concreción de horario (derecho a la conciliación familiar), art. 37.7 ET; es posible que, a pesar de que existan indicios indirectos (la existencia de estadísticas en las que las perjudicadas son mayoritariamente mujeres), tengan lugar denegaciones “neutras” si la empresa acredita necesidades organizativas que afectan a hombres y mujeres, STS, Sala de lo Social, Sección 1, 12/09/2024 4515/2024, Nº rec. 550/2021, – ECLI:ES:TS:2024:4515, FD Tercero, 4 y 5; la STSJ Extremadura, Sala de lo Social, Cáceres Sentencia 108/2020 de 20 Feb. 2020, Rec. 58/2020 ECLI: ES:TSJEXT:2020:156, FD Tercero, aprecia indicios discriminación: el trabajador, indefinido discontinuo, era llamado todos los años a desempeñar el puesto de socorrista, hasta que, a diferencia de sus compañeros, se presentó a las elecciones municipales en las listas del partido de la oposición; la animadversión o incompatibilidad personal, en tanto que emoción, si no se plasma en conductas de trato degradante no es indicio de la lesión del art. 15 CE, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3ª, Sentencia 662/2021 de 25 Oct. 2021, Rec. 498/2021, ECLI: ES:TSJM: 2021:13491, FD sexto. En la STC 67/2022 de 2 jun. 2022, Rec. 6375/2019, ECLI: ES:TC:2022:67, FJ 6, aunque se admite la existencia de los indicios, se concluye que la empresa demostró que no existió discriminación; la STJA Andalucía de Granada, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 2206/2021 de 2 dic. 2021, Rec. 1844/2021, ECLI: ES:TSJAND:2021:17751, FJ Tercero, sí se acreditan los indicios (discriminación por maternidad periodo prueba).

¹³⁴ En materia de conciliación de la vida laboral y familiar y, en general, de discriminación por razón de sexo, el TC ha tomado desde muy temprano SSTC 166/1988, 26 de Septiembre de 1988, ECLI: ES:TC:1988:166, FJ 2; 240/1999, de 20 de diciembre de 1999, FJ 5, 3/2007, de 15 de enero de 2007, FJ 5, las estadísticas (o datos mayoritarios) como indicio de discriminación, también indirecta (conductas neutras que afectan a hombres y mujeres, pero que estadísticamente demuestran un sesgo discriminatorio contra estas), STC 153/2021, FJ 4.B.a), “(...) en tanto en cuanto no se alcance en nuestra sociedad un reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las tareas de cuidado familiar(...)”, aunque, como es el caso de ese último fallo, se desvirtúen. Y en el mismo sentido, a partir de la

instantánea¹³⁵, siendo, en ocasiones, por la naturaleza de la lesión fácil constatar los indicios¹³⁶, aunque siempre sometidos a criterios racionales¹³⁷. Ahora bien, *infra*, aunque en los recursos se alegue la infracción de la carga de la prueba, su inversión o modulación, en la casi totalidad de los supuestos, en realidad se trata de un error en valoración de la prueba.

9.1.1. La derogación parcial del principio de aportación de parte para constatar la existencia de indicios en los supuestos de discriminación

jurisprudencia del T.C., y negando su concurrencia, STS Sala de lo Social, Sección 1, 4515/2024, 12/09/2024, FD Tercero. 4 y 5.

¹³⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, S. “Aportación, impugnación y valoración de los mensajes de aplicaciones de mensajería instantánea en el proceso laboral”, pp. 196-197, *Aplicaciones de mensajería instantánea, prueba digital y proceso*, VV.AA, GONZÁLEZ GARCÍA, S., Dir., Comares, Granada, 2026.

¹³⁶ Así, cuando se trata de la garantía de indemnidad suele bastar comprobar la existencia de la reclamación y la represalia inmediata posterior SSTS Sala de lo Social, Sección 1, STS 2344/2020, 24/06/2020, ECLI:ES:TS:2020:2344, FD Quinto; 81/2022, de 12/01/2022, ECLI:ES:TS:2022:81, FD Tercero.2; STSJ de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 1366/2024 de 13 jun. 2024, Rec. 859/2023, ECLI: ES:TSJAND:2024:5635, FJ Tercero. Un análisis jurisprudencial del lapso temporal como indicio puede verse en TODOLÍ SIGNES, A., “La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450 (agosto-septiembre 2020), pp. 89-114 pp. 103-106. Y en el caso de discriminación por enfermedad, el lapso temporal (alta y despido) también es crucial, STSJ de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia 290/2025 de 24 jul. 2025, Rec. 117/2025, ECLI: ES:TSJNA:2025:484 FD Cuarto; Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia 1448/2021 de 5 oct. 2021, Rec. 1453/2021, ECLI: ES:TSJPV:2021:2682, FD Cuarto, “la constante cadena de reclamaciones” supone indicio de la conculcación de la igualdad del trabajador.

¹³⁷ Así, se entiende, STS Sala de lo Social, Sección 1, 1240/2024, 14/02/2024, ECLI:ES:TS:2024:1240, FD Quinto que la litigiosidad recíproca (resultando cada parte ganadora en ocasiones), no se reputa indicio suficiente de discriminación, cuando está también desconectada de los hechos enjuiciados, además de que si la conducta de la empresa no merece reproche alguno jurídico (no computar el tiempo de cortesía a efectos de productividad) no puede erigirse en un principio de prueba aunque exista un litigio.

La segunda peculiaridad de la modulación de la regla de juicio es la derogación parcial y limitada del principio de aportación de parte a la hora de acreditar los indicios de la lesión, arts. 217.5 LEC, 30.2 L 15/2022 y 66.2 L 4/2023: 1) en los supuestos de discriminación (incluida la sexual); 2) el tribunal (o el órgano administrativo) puede solicitar informes a los organismos públicos competentes en materia de discriminación. Una previsión que no se contempla expresamente en la LJS, arts. 96.1 y 181.2, que se refieren a los derechos fundamentales *in genere*, pero que resulta plenamente aplicable al proceso laboral. Lo que se recaba del órgano público son informes técnicos, estadísticos, de cumplimiento normativo..., que sirvan para ponderar si la conducta descrita puede reputarse como indiciariamente discriminatoria, como un elemento más, no vinculante, pues la ponderación de la concurrencia de los indicios o hechos base (principio de prueba) corresponde, en cuanto que cuestión fáctica, en exclusiva al tribunal. Se trata así de un informe pericial acordado de oficio, a modo y semejanza de lo que se dispone en el art. 93.2 LJS (intervención médico forense), de libre valoración, aunque su mayor semejanza (por la naturaleza del órgano emisor y el contenido del informe) es con lo dispuesto en el art. 15.bis LEC¹³⁸. No parece extensible esta facultad al resto de los supuestos en los que se alega la lesión de un derecho fundamental, puesto que, aunque el principio de aportación de parte no es una exigencia constitucional, sí que resulta una opción del legislador a la que ha previsto contadas excepciones como la que se comenta. Afirmación plenamente aplicable al proceso laboral en el que las derogaciones a dicho principio son más amplias que en el proceso civil (solo en los procesos civiles no dispositivos, art. 752.1 LEC, y las acciones individuales en materia de consumidores, jurisprudencia TJUE, así como el proceso c-a, art. 61.1 y 2 LJCA, existe una derogación absoluta del principio de aportación de parte), pero aun así específicas a pesar del *numerus apertus* que comporta la regulación de las diligencias finales, art. 88.1 LJS: cuando se trata de la prueba pericial solo se prevé la excepción señalada en el art. 93.2 LJS (aunque el tribunal pueda formular las preguntas que estime oportunas a los peritos, art. 87.3 LJS), de suerte que la posibilidad de acordar informes periciales de

¹³⁸ En los procesos de defensa de la competencia se prevé la intervención, voluntaria o provocada, *amicus curiae*, de órganos públicos, nacionales o de la UE para aportar informes u observaciones escritas (incluso verbales) sobre la normativa, para poder valorar el asunto.

oficio con carácter general solo se prevé excepcionalmente terminado el juicio como diligencia final.

9.2. La modulación de la regla de juicio en el caso de los derechos fundamentales procesales

Como se ha explicado, la modulación de la regla de juicio cuando se dilucida la lesión de los derechos fundamentales está formulada de forma genérica u omnicomprendensiva, arts. 96.1 y 181.2 LJS, en el proceso laboral. No se diferencia entre los derechos fundamentales sustantivos y procesales. Por ello se plantea el dilema de si resulta aplicable dicha previsión en el caso de los últimos (los derechos fundamentales procesales). La respuesta es negativa. Por dos motivos.

- El primero y más decisivo: respecto de los derechos fundamentales procesales no existe una regla de juicio que sea susceptible de modulación. No es el momento de profundizar en la muy diferente naturaleza de la tutela de fondo impetrada (derecho material o sustantivo) y la relación jurídica procesal (derecho formal o adjetivo), y el rol del tribunal y las partes respecto de cada una¹³⁹. Pero sí que hay que constatar que respecto de los presupuestos procesales (quebrantamientos de forma) no existe una regla de juicio, simplemente porque no se necesita: no se concita el problema del *non liquet* porque a esos efectos, dada la titularidad y naturaleza pública de la normativa procesal (su indisponibilidad), el tribunal no posee margen de “duda”, ausencia de certeza, sobre el cumplimiento de esos presupuestos: la relación jurídica procesal se desarrolla enteramente a través de él, por lo que no existen ámbitos ajenos a su conocimiento (lo que no impide que pueda errar cuando los enjuicia). Y, como es evidente, si no existe una regla de juicio para la normativa procesal (de la que nacen los derechos fundamentales procesales), es imposible pensar en su modulación.
- El segundo motivo consiste en que, incluso ignorando lo anterior, también resulta palmario que el fundamento de la modulación en el caso de los derechos

¹³⁹ Ya señalaba CALAMANDREI que el tribunal no es nunca sujeto de las voluntades de la “ley que regulan la relación jurídica sustancial”, mientras que lo es siempre de aquellas que regulan la relación jurídica procesal, CALAMANDREI, P., “Límites entre jurisdicción y Administración en la sentencia civil”, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. SENTIS MELENDO, S., Buenos Aires, 1945, p. 25-ss.

fundamentales sustantivos en el proceso laboral (la naturaleza, de subordinación, de la relación jurídica de la que nace el interés legítimo tutelado, y la función de *stopper* que cumplen los derechos fundamentales sustantivos respecto de las facultades de organización y dirección, con la consiguiente autotutela, que ostenta la empresa), además del genérico en todos los órdenes jurisdiccionales (la disponibilidad y facilidad probatoria respecto de los hechos y de las fuentes de prueba), no concurre en el caso de los derechos fundamentales procesales: las reglas de juego (de la contienda procesal) indispensables para impartir justicia en un Estado de derecho. En la relación jurídica procesal (que ostenta la misma naturaleza en todos los órdenes jurisdiccionales) estipulada por el legislador rige la paridad de armas, igualdad procesal; no existen respecto de ella fuentes de prueba a las que acudir. Por otra parte, en función de la propia naturaleza de la relación procesal, es al tribunal a quien corresponde vigilar el cumplimiento de los presupuestos y garantías que la conforman; a mayor abundamiento, y por el mismo fundamento (el tribunal es el epicentro a través del cual se encauza toda la conducta procesal), la lesión del derecho fundamental procesal únicamente puede provenir de su conducta, por lo que resulta impensable imponerle la carga de demostrar la ausencia de la lesión de aquel: antes, al contrario, corresponde a quien la aduce, habitualmente en un recurso, fundamentar la existencia del quebranto alegado. Y, en idéntico sentido, repudia a la lógica estipular para las partes una exigencia de indicios fundados de la lesión del derecho fundamental procesal, para activar la, imposible, modulación de la regla de juicio.

9.2.1. La garantía de indemnidad

El principio/garantía/derecho de indemnidad, es, formalmente, la excepción a lo que se acaba de explicar: a tenor de la jurisprudencia del TC¹⁴⁰ construida durante más de

¹⁴⁰ STC, Pleno, 148/2025, de 9 de septiembre de 2025, BOE» núm. 244, de 10 de octubre de 2025, ECLI:ES:TC:2025:148, repasa la evolución expansiva de la jurisprudencia constitucional, FJ 2.a) a d): desde 1993 (FJ 3 de las SSTC 7/1993, ECLI:ES:TC:1993:7, y 14/1993, ECLI:ES:TC:1993:14, ambas de 18 de enero, BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1993), que incluye no solo la actividad procesal sino también los actos preparatorios previos necesarios (reclamación administrativa previa), englobando STC

treinta años, se trata de un contenido, una “dimensión extraprocesal”, del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, que exige la existencia de indicios fundados de su lesión para modular la regla de juicio. Con ello sería suficiente para poner en tela de juicio el acierto del encaje constitucional de la garantía de indemnidad. Lo cierto es que la “dimensión extraprocesal” del art. 24 CE es un oxímoron jurídico. Así, basta constatar que cuando se examina si el haber acudido a las instituciones o procedimientos de garantía estipulados normativa y constitucionalmente (entre los cuales y con carácter más decisivo, aunque no exclusivo, se encuentra la tutela judicial), ha conculcado represalias por parte del empleador, no se enjuicia si el nacimiento o desenvolvimiento de la relación jurídica procesal se ha ajustado a las garantías constitucionalmente estipuladas a esos efectos, sino si la pretensión de tutela (procesal o no) ha activado, a través del vínculo de causalidad (*propter hoc*), la oportuna represalia (sustantiva). Esto es, el objeto del proceso (y de la ulterior tutela en amparo) estriba en dilucidar si la empresa ha sancionado indebidamente a la

140/1999, de 22 de julio, BOE núm. 204, de 26 de agosto de 1999, ECLI:ES:TC:1999:140, FFJJ 6 y 7, las actuaciones previas o preparatorias preprocesales legalmente obligatorias (conciliación, mediación y arbitraje administrativo); en 2004 se amplía a actuaciones previas no imperativas pero encaminadas al ejercicio de una acción judicial, STC 55/2004, de 19 de abril, BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004, ECLI:ES:TC:2004:55, FJ 3 (reclamación a través de abogado a la dirección de la empresa: “actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando del contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquella está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.”), y a partir de 2010 (STC 75/2010, de 19 de octubre, BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010, ECLI:ES:TC:2010:75), se declaró formalmente la lesión (antes se hizo *obiter dicta*, incluyendo la exigencia de las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias) por la represalia ante la denuncia ante la ITSS. Y finalmente, en el FJ 3 la STC 148/2025, expande su contenido a la reclamación ante la representación legal de los trabajadores (dada su función de intermediación con el empleador en la vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral), en tanto que situación previa al ejercicio de un derecho fundamental pero en íntima conexión con el, porque se engloba dentro de las actividades encaminadas a defender derechos que el trabajador considera legítimos para evitar el proceso y que pueden desembocar en este. Sobre los problemas de extender objetivamente el ámbito de la garantía a cualquier reclamación ante la empresa u órgano administrativo, ex art. 12.3 LO 5/2024, LÓPEZ CUMBRE, L., “La «legalización» de la garantía de indemnidad del trabajador: ¿oportunidad o retroceso?”, GA-P (Gómez-Acebo & Pombo) ANÁLISIS LABORAL, mayo 2025, pp. 1-5.

persona trabajadora por pretender la tutela de sus derechos; el haber impetrado la oportuna protección de los intereses integra, prejudicialmente, la *quaestio facti* del *tema decidendi* que consiste en enjuiciar la conducta extraprocesal de un particular (represalia por impetrar protección jurídica) y no la relación jurídica procesal, que es el ámbito del art. 24.1 CE. A través de este precepto solo se considera la conducta “externa” del tribunal sobre la cuestión de fondo, el objeto del proceso, evitando los razonamientos arbitrarios, irracionales, incongruentes, que se ha permitido a los contendientes participar, en paridad de armas..., porque lo contrario implica sustituir al órgano jurisdiccional: volver a enjuiciar el objeto del proceso. De hecho, cuando se examina la garantía de indemnidad no se pondera cuál fue la conducta del órgano encargado de tutelar los intereses. Rectamente entendido, el art. 24 CE entra en liza únicamente si el tribunal indebidamente (lesionando el contenido de los derechos fundamentales procesales) desdeña la pretensión de tutela de la garantía de indemnidad de la persona trabajadora: no acontece un concurso real de lesiones de los derechos fundamentales procesales del art. 24 CE, una primigenia lesión por el empleador del art. 24 CE por su represalia, a la que se sumaría un posible quebranto ulterior por el tribunal en el proceso incoado a efectos de tutelar la garantía de indemnidad. Precisamente, la mejor prueba de que no se ha menoscabado el art. 24.1 CE por la conducta del empleador consiste en que posteriormente se acude al órgano jurisdiccional impetrando la tutela efectiva, ahora sí art. 24.1 CE, por la lesión de sus intereses sustantivos.

De esta manera, ubicar a la garantía de indemnidad en el art. 24.1 CE suscita la otra gran anomalía: es el único supuesto en el que la lesión de los derechos fundamentales procesales resulta de la conducta de un sujeto que no integra el poder judicial y al margen del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Es *communis opinio* en la doctrina procesalista, frente a los titubeos iniciales, que más allá de los parámetros señalados no entran en escena los derechos fundamentales procesales, art. 24 CE¹⁴¹, ni siquiera

¹⁴¹ No es ese, evidentemente, el planteamiento de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, que, careciendo del mínimo rigor dogmático, presenta al derecho de defensa como la otra cara de la tutela judicial efectiva, apartado I Preámbulo, y procede a extender su contenido, art. 24 CE, arts. 1, 2, y 3, además de a la actividad jurisdiccional, a la actividad administrativa, la investigación del M.F. y los MASC (se olvida del arbitraje que, en cuanto que heterotutela, no se

cuando la actividad está intrínsecamente vinculada a la tutela judicial efectiva: así sucede con el arbitraje (sin acceso a amparo por ese motivo, y en el que los derechos fundamentales sustantivos y procesales solo juegan, y matizadamente, a través del “orden público”) o con la actividad preprocesal del MF cuando se le encomienda la investigación de los delitos, o las diligencias policiales antes de que el Tribunal o el MF la asuma. Lo contrario, y por muy tentador que resulte, como sucede, además de los supuestos señalados, con el procedimiento administrativo y más singularmente con las garantías inherentes al ejercicio del *ius puniendi* cuando aquel tiene carácter sancionador (ya se ha visto lo que sucede con la presunción de inocencia), implica una imposible mezcla de planos a efectos de su tutela: los derechos fundamentales procesales se habrían, presuntamente, lesionado extraprocesalmente y no podrían tutelarse directamente, sino que habría que incoar un proceso destinado específicamente a esos efectos, algo que no sucede jamás: el proceso, en primera instancia no deja de ser un instrumento, una herramienta, para tutelar los intereses legítimos sustantivos y nunca los procesales cuya tutela es directa e inmediatamente

integra en ellos, y de la investigación policial), englobando (en el apartado I del Preámbulo se incluyen todos los derechos fundamentales procesales del art. 24.2 CE, salvo el del juez ordinario predeterminado por la ley), también: art. 3.2 “(...) que se dicte una resolución congruente y fundada en Derecho por la jueza o juez ordinario e imparcial predeterminado por la ley, así como a la invariabilidad de las resoluciones firmes y a su ejecución en sus propios términos (...); es más, en el colmo del desacierto, se llega a delimitar su contenido según el tenor del plano de legalidad: art. 3.3. “En las causas penales, el derecho de defensa integra, además, el derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y a la doble instancia, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Estos derechos resultarán de aplicación al procedimiento administrativo sancionador y al procedimiento disciplinario. 4 (...).” Y por si no fuera suficiente, también, entre otros, se incluye el principio de igualdad procesal, la exigencia de responsabilidades por error judicial o funcionamiento anormal, art. 10.c), la puntualidad de actuaciones judiciales, art. 10.e)...

A modo de resumen, a partir de dicha norma ya no existe otro derecho fundamental procesal (que incluye a las actuaciones administrativas, investigación del Fiscal, MASC, pero no al arbitraje ni la investigación policial) que el derecho de defensa, art. 24 CE.

Lo cierto es que la garantía de indemnidad, cuya vigencia el TEDH ha reforzado recientemente¹⁴², presenta el problema de encuadre constitucional. En realidad, estamos ante un principio/garantía constitucional implícito, transversal¹⁴³, necesario en un estado de derecho que blindo la posibilidad de acudir a las instituciones y procedimientos estipulados normativa y constitucionalmente para tutelar los derechos e intereses legítimos, que en el caso de la persona trabajadora se plasma en el art. 4.1.g) ET. De hecho, el propio T.C. es consciente de la excepcionalidad del encaje que realiza de la garantía en el art. 24.1 CE: no pretende desnaturalizar el contenido del art. 24 CE, aplicando la *Drittwirkung* en el ámbito procesal (eficacia indirecta, o directa matizada, del art. 24 CE en las relaciones *inter privados*). Al contrario, el T.C. reconoce expresamente que la ubicación de la garantía de indemnidad en el art. 24.1 CE responde a la necesidad de poderla tutelar en amparo, puesto que de otra manera (en atención a que nuestra CE, a diferencia de otros textos constitucionales, distingue entre derechos constitucionales y derechos fundamentales tutelables en amparo, art. 53 CE), carecería de jurisdicción a esos

¹⁴³ Así se reconoce en el art. 12.3 y disp. adic. tercera Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, 17 y 18.1 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, así como en el resto de la normativa que se recoge en el FJ 2 b) de la STC 148/2025.

efectos¹⁴⁴. De hecho, el TEDH, en la reciente sentencia referida, desdeña la lesión de la tutela judicial, pero no deja de reconocer la transversalidad de la prohibición de discriminación al afirmar que “carece de existencia independiente”, puesto que, aunque no presupone la lesión de los otros derechos y libertades, no se puede aplicar si no es en el ámbito de aquellos, por lo que la reconduce al juego conjunto de los arts. 14 (discriminación) y 8 (vida privada) del Convenio¹⁴⁵. Por ello, para preservar el acceso de la garantía de indemnidad a amparo, nos parece más adecuado, atender a su fundamento, al interés jurídico protegido que no es otro que el propio ordenamiento jurídico, el derecho. Así, la represalia al sujeto por tutelar sus intereses legítimos y derechos a través de los cauces jurídicos estipulados a tal efecto, no deja de ser una forma de discriminación. Por eso, si se trata de expandir el contenido de un derecho fundamental para consentir el amparo, parece preferible hacerlo allí donde la discriminación encuentra su ubicación natural: el art. 14 CE, un derecho fundamental sustantivo que, como proclama el propio T.C., no tiene carácter cerrado en cuanto a los motivos de discriminación¹⁴⁶. Además, de esta manera, se supera otra

¹⁴⁴ STC, Pleno, 148/2025, de 9 de septiembre de 2025, BOE» núm. 244, de 10 de octubre de 2025, ECLI:ES:TC:2025:148 FJ .3.(i) “Solo a partir de esa configuración y bajo la invocación del art. 24.1 CE, resulta competente esta jurisdicción de amparo para analizar la eventual lesión de la garantía de indemnidad, otorgándole protección y determinando, en su caso, las consecuencias inherentes a la vulneración de un derecho fundamental”.

¹⁴⁵ Aunque la demandante alegaba la lesión de la tutela judicial, art. 6 CEDH, el TEDH, *The Court, being the master of the characterisation to be given in law to the facts of a case*, num. 49, recondujo el examen al art. 14 (discriminación) CEDH en conjunto con el art. 8 (protección vida privada, domicilio y correspondencia) CEDH, explicando que el art. 14 complementa las otras previsiones sustantivas del Convenio y sus Protocolos y que *It has no independent existence since it has effect solely in relation to “the enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded thereby*, num. 52, además del amplio concepto que maneja de la “vida privada”, num. 53.

¹⁴⁶ STC 41/2006, de 13 de febrero de 2006, BOE» núm. 64, de 16 de marzo de 2006, FJ 3, “Entre tantas otras, la Sentencia 39/2002 del Pleno de este Tribunal, de 14 de febrero, FJ 4, sienta nuestra doctrina sobre el principio de no discriminación: «La virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6),(...)”.

debilidad manifiesta de la jurisprudencia del TC cuando expande la garantía de indemnidad a actuaciones previas, no imperativas, al proceso: es necesario forzar la conexión entre la solicitud de tutela no jurisdiccional y el hipotético proceso ulterior, para invocar la entrada en escena al art. 24.1 CE¹⁴⁷. Al fin y a la postre, en un Estado de derecho, en caso de conflicto, la tutela jurisdiccional (por la propia esencia del Poder Judicial y el contenido de la potestad pública que hace valer) se erige la *ultima ratio*, incluso cuando el ordenamiento consiente la autotutela.

10. Excepciones a la modulación de la regla de juicio: el ejercicio del ius puniendi

Aunque en los procedimientos administrativos sancionadores se ejerce, al igual que el proceso penal, el *ius puniendi*, no juega, frente a lo que se sostiene en muchas ocasiones, el derecho fundamental procesal a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, reservado al ejercicio de la potestad jurisdiccional, sí que rige la presunción de ausencia de responsabilidad administrativa, art. 53.2.b) LPACAP¹⁴⁸. Por ese motivo admite delimitaciones o restricciones que no son posibles en el caso de la presunción contenida en el art. 24.2 CE. Una de ellas ya se ha examinado: el valor prefijado,

¹⁴⁷ Este es el argumento decisivo que se esgrime en el Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo avogado por el Pleno núm. 1186-2024, por desnaturalizar la garantía, "(...) por tanto, de no acreditarse una conexión directa con una posible acción judicial posterior de dicho trabajador, no cabe apreciar vulnerada la garantía de indemnidad (...)", apartado A.1.(ii); por eso se critica que no se exija "(...) que se acredite, por las circunstancias del caso, que se está ante la evitación de un ulterior proceso (como se exige en la STC 55/2004), en cuanto se haya advertido a la empresa que de no ponerse fin a ese perjuicio, se instará la vía judicial.", apartado B.1., concluyendo que "Las resoluciones judiciales de este caso no revelan la existencia de ningún conflicto de la empresa con el recurrente o con su representación legal, en unos términos mínimos que permitan reconocer que la actuación de esta última se configuró como un intento real de evitación de una demanda judicial, esto es, de un acto preparatorio de la vía judicial reconocible como tal.", apartado B.2.

¹⁴⁸ Es significativo, a esos efectos que, frente a la L 30/92 LRJAPyPAC, apartado 14 Expo. de Motiv. y art. 137, ya en la L 39/2015, LPACAP, en lugar de presunción de inocencia se utilice la denominación "A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario", art. 53.2.b). Y ello, a pesar de que, careciendo del mínimo rigor dogmático, la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, alimente la confusión, *infra*.

provisionalmente, de ciertas actuaciones administrativas documentadas que obligan a desvirtuarlo. Más problemática es la posibilidad de delimitar la presunción administrativa enunciada a través de modulación de la regla de juicio. Como punto de partida debe repararse en que no estamos, como también sucede con el art. 24.2 CE, ante una verdadera presunción (puesto que no recoge una máxima de experiencia), sino que, como una garantía para los administrados, se limita a reafirmar la existencia de la regla de juicio: la premisa para hacer valer el *ius puniendi* es que hay que fijar los hechos constitutivos de la responsabilidad, lo que comporta que la carga subjetiva de aquellos recae en la Administración (algo que, como se explicó, no empece a que la *turpitud* del administrado también los pueda acreditar). De ello se sigue que no es posible una modulación genérica y universal de la misma puesto que, al margen de la trascendencia constitucional de la presunción administrativa, art. 9.3 CE¹⁴⁹, atentaría contra el principio de no contradicción: formular una regla y, a la vez, derogarla con carácter general. Por el mismo motivo tampoco puede existir una puerta abierta, indiscriminada, a la posibilidad de que se obligue en un supuesto específico, si así lo determina el tribunal, a que el administrado deba demostrar que no ha incurrido en un ilícito para eludir la correspondiente sanción: no cabe, por consiguiente, el juego del art. 217.7 LEC (modulación *ad hoc*) en los procedimientos sancionadores, que ya presentaba problemas procedimentales por afectar decisivamente al derecho de defensa. La cuestión entonces es si es posible estipular una previsión normativa específica que excepcione el juego de la regla de juicio: la *interpositio legislatoris*, siempre que estuviera especialmente justificado, pues en caso contrario volvería a entrar en liza la proscripción de la arbitrariedad (en este caso, de legislador). Además, por no tratarse del juego de derecho fundamental procesal alguno, art. 24 CE, no se exige que se contenga en una ley orgánica (una prueba más, si es que hace falta, de que no se trata de la presunción de inocencia). Lo cierto es que el T.C. respondió a esta cuestión STC 76/90, Pleno, ECLI:ES:TC:1990:76, de forma taxativa, en sentido negativo. Ahora bien, en atención a la

¹⁴⁹ No existe, a nuestro juicio, mayor arbitrariedad que el poder público ejercite la potestad sancionadora a menos que el administrado demuestre su ausencia de responsabilidad.

singularidad que presentan ciertos supuestos, cabría plantearse la posibilidad de formular excepciones¹⁵⁰.

10.1. La infracción de las normas de prevención de riesgos laborales

Precisamente es lo que podría plantearse en los procedimientos sancionadores por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, a tenor de la genérica redacción del art. 96.2 LJS¹⁵¹, algo impensable cuando se trata de un proceso penal, arts. 316 y 317 CP (Delitos contra los derechos de los trabajadores, infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, Tít. XV, Lib. II). Las dudas sobre el alcance de este precepto provienen en primer lugar de su naturaleza procesal, que comporta que no esté sometido a las exigencias del principio de legalidad, art. 25.1 CE, que delimitan las disposiciones sustantivas atinentes al *ius puniendi*. *lex stricta*, *lex scripta*, *lex previa*, en especial la prohibición de la interpretación analógica o extensiva. Pero, además, en segundo lugar, planea la justificación de la *ratio essendi* de la inversión: la especial posición de deudor de seguridad de la empresa, frente al derecho en ese sentido de la persona trabajadora, art. 14 LJS¹⁵². Ahora bien, frente a ciertas

¹⁵⁰ FJ 8.B): “(...) dado que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción.”

¹⁵¹ Es significativo que la expansión, en 2011, de la jurisdicción por razón del objeto del orden social frente a actos administrativos, incluidas las sanciones en material laboral y sindical, art. 2.n) LJS, resultara coetánea a la proclamación de la modulación de la regla de juicio “En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo...” sin excepción, art. 96.2 LJS.

¹⁵² El otro argumento, la facilidad probatoria (de la empresa frente al trabajador) es de aplicación más dudosa en los procedimientos sancionadores, ya que la ITSS ostenta unas potestades específicas que obligan a colaborar (sin que ello suponga la entrada en juego del derecho a no inculparse, art. 24.2 CE), con la posibilidad de incurrir en responsabilidad en caso contrario, arts. 40.1.f), 50.4.a) LISOS, Tribunal Supremo – Sala Cuarta – Sección Primera – Jurisdicción: Social – Sentencia – Núm. Res.: 531/2024 – Núm.. Proc.: 1/2023, Ecli: ES:TS:2024:1982, FD Quinto.3.

interpretaciones extensivas¹⁵³, y al margen de la taxatividad del T.C. *supra*, lo cierto es que habría que exigir una disposición expresa (cuya constitucionalidad podría cuestionarse) que habilitara a la inversión en el procedimiento sancionador, algo que no sucede en este caso: la modulación de la regla de juicio del art. 96.2 LJS está prevista en los procesos sobre responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional, mientras que en los procedimientos sancionadores el ilícito no resulta de aquellos (de su existencia), sino del incumplimiento de la norma¹⁵⁴. En cualquier caso, el debate pierde virtualidad en atención a que, en los procedimientos administrativos sancionadores, el valor prefijado al acta de la inspección (la propuesta de sanción), obliga a la empresa a desvirtuar su contenido¹⁵⁵.

10.2. La lesión de derechos fundamentales

Igualmente problemático es el supuesto de los procedimientos administrativos sancionadores en los que se dilucida la existencia de un ilícito que atenta contra los derechos fundamentales de los trabajadores, por ejemplo art. 8.5, 6, 10, 11, 12... LISOS. ¿Rige en esta hipótesis la inversión de la carga de la prueba si existen indicios fundados de la lesión? A diferencia de la hipótesis anterior, en este caso la modulación solo operaría ante la existencia de indicios fundados. La respuesta es negativa por dos motivos: a) en primer lugar quiebra la existencia de una previsión normativa a tal

¹⁵³ Así, y recientemente, proclama la jurisprudencia menor dicha vigencia, por ejemplo, Juzgado de lo Social N.º 7 de A Coruña, Sentencia 428/2025 de 18 nov. 2025, Rec. 619/2022, ECLI: ES:JSO:2025:3090, penúltimo párrafo FD; Juzgado de lo Social N.º 3 de León, Sentencia 456/2025 de 2 dic. 2025, Rec. 503/2025, ECLI: ES:JSO:2025:3144, FD Séptimo. Por ello, se habla de una responsabilidad cuasi objetiva, GÓMEZ ARBÓS, J., “Dudas interpretativas sobre los procedimientos automáticos sancionadores”, Jurisdicción Social, septiembre 2021, pp. 23-34, p. 32.

¹⁵⁴ IGARTUA MIRÓ, M.T., “Carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 2, núm. 2, abril-junio de 2014, p. 13, nota a pie de p. núm. 25; ARÉVALO SARRATE, C.; ROBREDO JIMÉNEZ-RIDRUEJO, C.; CARRASCAL REDONDO, L., *Estudio técnico de jurisprudencia en materia de prevención de riesgos laborales*, Madrid, 2022, <https://www.asnala.com/media/docs/corona/901-BVCM050846.pdf> p. 9.

¹⁵⁵ Por ejemplo, STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, Sentencia 171/2025 de 17 nov. 2025, Rec. 173/2025, ECLI:ES:TSJLR:2025:476, Antecedentes de Hecho, Undécimo y Duodécimo.

efecto; antes bien sucede al contrario, pues si bien tanto el art. 77.3 bis (discriminación), LPACAP, L 39/2015, como el art. 66.1 L 4/2023 (discriminación por sexo o género), guardan silencio, con el antecedente de que la LO 3/2007, para la igualdad, art. 13.2 (discriminación) solo lo prohibía en los procesos penales¹⁵⁶, el art. 30.3 (discriminación) L 15/2022, lo prohíbe expresamente¹⁵⁷; b) además, el hecho de que el legislador, siguiendo la jurisprudencia del TC, haya estipulado, frente a lo que sucede con la infracción de las normas de prevención, que se exigen indicios fundados de la lesión para activar la inversión, implica reconocer que es un supuesto en el que no existe una necesidad tan imperiosa de modular la regla de juicio.

11. La tutela en los recursos de la modulación de la regla de juicio

Aunque ya se ha ido advirtiendo en los epígrafes precedentes, esquematizamos la tutela de la modulación de la regla de juicio en los recursos que, al igual que sucedía con esta, también es susceptible de ser tutelada en esta sede. Se trata de un quebrantamiento de forma que se cobija en la tutela judicial efectiva (arbitrariedad), art. 24.1 CE, aunque también cabría aducir, a tenor del T.C., *supra*, la quiebra de la igualdad en la administración de la prueba. Ahora bien, una vez más, este quebrantamiento de forma raramente acontece, pues lo habitual es que la alegada infracción de la “inversión de la carga de la prueba” en realidad encubra un problema de valoración de la prueba: se entiende que, indebidamente, el tribunal ha tenido por probados, o a la inversa ha desdeñado, los presupuestos que activan la modulación. Así, puede acontecer:

- El tribunal, a pesar de estar estipulada la modulación *ex lege* o jurisprudencialmente, no la ha aplicado

Al igual que sucedía con la regla de juicio, es la hipótesis más infrecuente: resultará extraordinario que un tribunal que constate la fijación de los presupuestos que

¹⁵⁶ En el proyecto de LOI sí se incluía, como así lo refrendaba el informe del Consejo del Estado, si bien en la tramitación parlamentaria desapareció, con la infundada excusa de que no se contemplaba en la Directiva 2004/113/CE, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *La carga de la prueba en supuestos...*, pp. 312-314.

¹⁵⁷ Así también se disponía en el art. 77 del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

activan la modulación, la desdeñe: que, *e.g.*, a pesar de constatar la existencia del accidente laboral, no exija que la empresa acredite haber cumplido las exigencias previstas en la normativa de prevención de riesgos laborales. Se trata de un fallo ilógico o arbitrario, art. 24.1 CE, tutelable en los recursos ordinarios y extraordinarios.

– El tribunal no ha acordado (o lo hecho indebidamente) la modulación *ad hoc*

Ahora bien, puede acontecer, aunque también es infrecuente, que el tribunal indebidamente acuerde (de oficio o a instancia de parte) o repudie (ante la petición de parte) la modulación *ad hoc* de la regla de juicio, por entender que no existe la disponibilidad y facilidad probatoria que se requiere a esos efectos. Para examinar la concurrencia del quebrantamiento de forma alegado, habrá que atender al acierto del tribunal de instancia a la hora de ponderar la cercanía y disposición de las partes respecto de los hechos y fuentes de prueba. Aunque sea una cuestión atinente al ámbito fáctico, no exige ponderar la prueba, sino constatar un elemento objetivo derivado de la situación jurídica material, que ha desequilibrado la situación procesal de las partes, igualdad o paridad de armas, art. 24.1 CE, por lo que es controlable en los recursos ordinarios y extraordinarios.

– El tribunal ha errado al constatar la existencia de los presupuestos que activan la inversión de la regla de juicio

Por el contrario, lo habitual es que se alegue la infracción de la modulación de la regla de juicio porque se ha entendido, indebidamente, que concurrían los presupuestos (o a la inversa) que la activaban. Es decir que, *e.g.*, se entendió (desacertadamente) que aconteció un accidente en el ámbito de la relación laboral, o a la inversa...

Como se anticipó, aunque se aduzca “la infracción de la carga de la prueba” como quebrantamiento de forma, ello acontece únicamente a resultas de un quebrantamiento de forma anterior: un error en la valoración de la prueba, el que fijó o desdeñó, los hechos que activaban (o refutaban) la modulación. Se trata, en definitiva, de una revisión de la *quaestio facti* (los hechos que presuponen la activación), de limitado control en los recursos extraordinarios, como se ha hecho notar. Únicamente una fijación manifiestamente arbitraria resulta revisable en esos medios de impugnación. No es esa, sin embargo, la práctica del foro: es habitual, como se ha advertido, su alegación y revisión en suplicación, casación y en el proceso de amparo constitucional, de suerte que se equipara, en cuanto a la intensidad de la

revisión del ámbito fáctico, a lo que acontece con la presunción de inocencia en el proceso penal.

De hecho, los problemas se acrecientan, según se hizo constar, con la exigencia de indicios fundados cuando se trata de la lesión de un derecho fundamental: lo que hay que revisar es la valoración de los indicios exigidos para que exista un principio de prueba de la lesión. Se trata de una cuestión que, guste o no, excede aún más los límites naturales de un recurso extraordinario (el único parangón posible se encuentra, una vez más, en el proceso penal y la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, por la naturaleza de este derecho, cuando se examina si existen indicios suficientes, principio de intervención indiciaria, para acordar una medida restrictiva, acto de investigación o medida cautelar, de un derecho fundamental sustantivo), de ahí que el T.C., *supra*, haya tenido que acudir al subterfugio de emplear el canon del derecho fundamental sustantivo para justificar el examen de la *quaestio facti* de tal intensidad.

12. Conclusiones

I. El proceso laboral, en atención, fundamentalmente, a la naturaleza jurídica de los intereses legítimos en liza y sus implicaciones en la prueba, constituye un observatorio privilegiado para examinar la crisis de la carga de la prueba: si aún ostenta sentido y cuál es su virtualidad práctica.

II. La regla de juicio, impropriamente calificada como carga material u objetiva de la prueba, es el elemento decisivo de dicha institución, art. 24.1 CE, y la consiguiente prohibición del *non liquet*. art. 1.7 CC, si se cumplen los presupuestos procesales; de ahí su ubicación en la LEC, art. 217, aunque la LJS, al margen de la aplicación supletoria de texto procesal civil, mantiene tradicionalmente una regulación singular: una previsión genérica de su modulación en supuestos singulares, art. 96 LJS, además de disposiciones específicas a tal efecto.

III. La carga subjetiva o formal, según los modelos procesales del *civil law* de nuestro entorno a partir del S. XIX, es únicamente la proyección de la regla de juicio sobre las partes: su interés en que se fijen los hechos (que también puede resultar por la parte contraria, principio de adquisición procesal, el tribunal o el legislador) para lograr una

resolución favorable. Es una carga escalonada cronológicamente: primero han de estar fijados los hechos que favorecen al actor. Por consistir en una manifestación singular de la situación subjetiva de la carga, comparte sus fragilidades, una situación jurídica-puente o abstracta (potencial) necesitada de actuación, que se explican en el trabajo (no es un concepto exclusivamente procesal, también se proyecta sobre los terceros, no es una opción del legislador, engloba situaciones jurídicas muy dispares, el que el tribunal esté facultado o deba provocar la misma consecuencia jurídica no destruye la carga aunque mengua su intensidad...). Aun así, no cabe desconocer la existencia de esa situación subjetiva, pues de otra manera se corre el riesgo de imponer indebidamente, atentando contra la titularidad de los intereses legítimos en liza, deberes y obligaciones procesales cuando no es necesario a efectos del desarrollo del proceso o de los derechos de la parte contraria, como sucede con el art. 87.3 (reforzado por la LO 1/2025) y 97.3 LJS: sanción por no acudir a la conciliación procesal.

IV. La mayor debilidad estructural de la carga estriba en la imposibilidad de ser tutelada *per se ipsa*: no cabe impetrar su tutela como tal, singularmente en los recursos, sino la infracción de las facultades o derechos en los que se concreta, de suerte que, en el caso de la carga de la prueba, habrá que alegar la lesión del derecho a practicar la prueba pertinente... Por eso, su virtualidad práctica resulta muy menguada, reduciéndose a constituir un criterio inspirador de la estrategia procesal de las partes; solo se revitaliza cuando la regla de juicio ostenta verdadera trascendencia, *infra*. Todo ello, al margen del error, como se explica en el trabajo, de pretender implantar en el art. 24 CE la complementariedad como criterio inmutable, en el plano de constitucionalidad, de la iniciativa probatoria del tribunal (según el cual únicamente cabría aquella cuando las partes han intentado probar los hechos).

V. La regla de juicio (indebidamente conocida como carga objetiva o material; al dirigirse al tribunal no puede consistir en dicha situación subjetiva) aquilata un criterio lógico/jurídico inspirado en la disponibilidad y facilidad probatoria, aunque perfeccionado por la técnica (clasificación cuatripartita de la *quaestio facti*), que, por ostentar dicha condición, juega de forma natural disminuyendo, casi hasta desaparecer, su trascendencia práctica. No es casualidad que, en el procedimiento administrativo, donde también existe la situación subjetiva de la carga, no haya

proclamación expresa de la regla de juicio (con la salvedad de la presunción de ausencia de responsabilidad administrativa y la reciente referencia a los supuestos de discriminación). No se trata de una regla de valoración de la prueba, sino que entra en escena ulteriormente: es un error insistir en que su juego acontece cuando existen hechos dudosos; que se pueda controlar en los recursos extraordinarios, como sucede especialmente en el proceso laboral (suplicación y casación), constata lo afirmado. Es más, aunque quepa alegar la infracción de la regla de juicio en los recursos, muy raramente acontece: la inmensa mayoría de los supuestos encubre la infracción de otro quebrantamiento de forma en el fallo que, antecediéndolo, a su vez, condiciona el juego de la regla de juicio: el error en la valoración de la prueba, que, salvo en los supuestos de arbitrariedad manifiesta, art. 24.1 CE, no es tutelable en los recursos extraordinarios.

VI. La trascendencia y utilidad de la regla de juicio se centra en dos aspectos: 1) su formulación inicial, decisiva a efectos de seguridad jurídica, para el tribunal y las partes: basta constatar la existencia de los hechos constitutivos (sin que ni siquiera se discuta la existencia de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes) para que se dicte un pronunciamiento favorable al actor; 2) en los supuestos de modulación de la regla de juicio (la mal llamada inversión de la regla de juicio), decisiva también para la estrategia procesal de las partes (con los problemas que comporta la modulación *ad hoc* por el tribunal), que, a resultas de una singular disponibilidad y facilidad probatoria, consiste en una fijación provisional o *sub conditione* de los hechos (habitualmente los constitutivos), supeditada a la ausencia de acreditación de su inexistencia o a la fijación de aquellos de signo contrario que se oponen a su eficacia. De ahí, como analizamos en el trabajo, su parentesco con otras instituciones procesales que provocan la misma consecuencia jurídica, aunque con una *ratio essendi* diferente: presunciones legales, ciertos supuestos de tutela privilegiada del crédito, valor reforzado de actuaciones administrativas documentadas (decisivas en el orden social).

VII. El proceso laboral, a tenor de la naturaleza de los intereses legítimos tutelados y su proyección en la disponibilidad y facilidad probatoria, es el orden jurisdiccional en el que el fenómeno descrito acontece con mayor asiduidad. En el trabajo, además de otras muchas cuestiones, se analiza la singularidad de la modulación de la regla de

juicio en el proceso laboral cuando se trata de la lesión de los derechos fundamentales que, a diferencia de los otros órdenes jurisdiccionales, acontece en todos los supuestos, y exige, también en todo caso, la existencia de indicios fundados: se ensancha la revisión de la *quaestio facti* en los recursos extraordinarios hasta un límite desconocido, salvo en el proceso penal por mor de la presunción de inocencia, al tener que revisar la existencia de un principio de prueba. Así se constata en la jurisprudencia analizada.

En cualquier caso, la infracción de la modulación de la regla de juicio resulta ser también muy infrecuente, encubriendo, habitualmente, su alegación el error en la valoración de la prueba.

VIII. Resulta problemática la posible modulación de la regla de juicio cuando el objeto del proceso laboral versa sobre el ejercicio del *ius puniendi*. No es factible la modulación de la regla de juicio cuando se trata de los derechos fundamentales procesales, lo que revela la inadecuación, entre otros motivos, de incardinar a la garantía de indemnidad como una lesión del art. 24.1 CE, tal y como se explica detenidamente en el trabajo.

IX. En definitiva, la trascendencia práctica de la regla de juicio, una vez que se ha formulado, mengua decisivamente salvo en los supuestos de su modulación. Además, su tutela (incluida la modulación) en los recursos es muy infrecuente, al serlo también su quebranto *stricto sensu*. Y aún menor es la virtualidad práctica de la proyección de la regla de juicio sobre las partes, la única carga de la prueba, reducida a un interés en la prueba de los hechos que sustentan su pretensión; solo ostenta trascendencia cuando la regla de juicio recobra su virtualidad: al modularse, aunque en ningún caso, por su esencia, es tutelable en los recursos.

Bibliografía

ABEL LLUCH, X. (2007). Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil. En PICÓ I JUNOY, J. y ABEL LLUCH, X. (Dir.), *Objeto y carga de la prueba civil*. J.M. Bosch.

- ADÁN DOMENECH, F. (2025). *La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad médica (análisis de las actuaciones médicas conforme a la lex artis)*. Aranzadi La Ley.
- ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M. (2026). Prueba de mensajería electrónica en el orden jurisdiccional social. Naturaleza jurídica, derechos fundamentales y prueba ilícita. En GONZÁLEZ GARCÍA, S. (Dir.), *Aplicaciones de mensajería instantánea, prueba digital y proceso* (pp. 156-161). Comares.
- BERNAL CAPUTTO, D. J. (2021). La inversión de la carga de la prueba como técnica para la defensa de las personas vulnerables en los procesos laborales. En ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (Coord.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch.
- GARNER, B. A. (Ed.). (2024). *Black's Law Dictionary* (12.^ª ed.). Thomson Reuters.
- BRAVO GUTIÉRREZ, P. (2022). La prueba en el proceso laboral. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 38, 743-770.
- CABRERA BAZÁN, J. (1969). La prueba en el proceso de trabajo. *Revista de Política Social*, 82.
- CALAMANDREI, P. (1945). El proceso como situación jurídica. En *Estudios sobre el proceso civil* (SENTIS MELENDO, S., Trad.). Bibliográfica Argentina.
- CALAMANDREI, P. (1945). El proceso civil bajo el peso del fisco. En *Estudios sobre el proceso civil* (SENTIS MELENDO, S., Trad.). Bibliográfica Argentina.
- CALAMANDREI, P. (1945). Límites entre jurisdicción y Administración en la sentencia civil. En *Estudios sobre el proceso civil* (SENTIS MELENDO, S., Trad.). Bibliográfica Argentina.
- CARRILLO LÓPEZ, A. (2014). *La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo*. Editorial Universidad de Granada.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2017). La carga de la prueba en los procesos civiles por discriminación. En TORRES GARCÍA, T. (Dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado. Carmona III*. Tirant lo Blanch.
- CHICO FERNÁNDEZ, T. (2007). La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En PICÓ I JUNOY, J. y ABEL LLUCH, X. (Dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*. J.M. Bosch.

- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. (2004). *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral (Especial referencia a la «presunción de duración indefinida del contrato de trabajo»)*. Laborum.
- DAMIÁN MORENO, J. (2007). Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil. En CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., DAMIÁN MORENO, J., GONZÁLEZ GRANDA, P., ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. y PÉREZ DEL BLANCO, G. (Coords.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant lo Blanch.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2001). Artículo 217. En DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2004). *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- ELORZA GUERRERO, F. (2009). La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas. Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio. *Temas Laborales*, 98.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. La Ley.
- FERRER BELTRÁN, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En NIEVA FENOLL, J. y GIANNINI, L. J. (Eds.), *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES, M. J. (2015). Incidencia de la inversión judicial en la seguridad jurídica. *Diario La Ley*.
- GARCÍA-CUERVA GARCÍA, S. (2007). Las reglas generales del onus probandi. En PICÓ I JUNOY, J. y ABEL LLUCH, X. (Dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*. J.M. Bosch.
- GARCÍA GARRIDO, M. J. (1991). *Derecho privado romano*. Dykinson.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2001). La prueba en el proceso laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Relaciones Laborales*, (12), 817.
- GOLDSCHMIDT, J. (1936). *Derecho Procesal Civil* (PRIETO-CASTRO, L., Trad.). Labor.
- GOLDSCHMIDT, R. y GROSSMANN, C. (1959). *Derecho justicial material*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- GOLDSCHMIDT, R. (1959). Derecho justicial material civil. En GOLDSCHMIDT, R. y GROSSMANN, C., *Derecho justicial material*. Ediciones Jurídicas Europa-América.

- GÓMEZ ARBÓS, J. (2021). Dudas interpretativas sobre los procedimientos automáticos sancionadores. *Jurisdicción Social*, septiembre 2021.
- GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret*, 1.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2026). Aportación, impugnación y valoración de los mensajes de aplicaciones de mensajería instantánea en el proceso laboral. En GONZÁLEZ GARCÍA, S. (Dir.), *Aplicaciones de mensajería instantánea, prueba digital y proceso* (pp. 196-197). Comares.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. (2007). Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 de la LEC. En CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., DAMIÁN MORENO, J., GONZÁLEZ GRANDA, P., ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. y PÉREZ DEL BLANCO, G. (Coords.), *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. (2009). La carga de la prueba y la tutela del trabajador. *Relaciones Laborales*, 20.
- IGARTUA MIRÓ, M. T. (2014). Carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2(2).
- KISCH, W. (1940). *Elementos de Derecho Procesal Civil* (PRIETO CASTRO, L., Trad.). Revista de Derecho Privado.
- LAHERA FORTEZA, J. (1996). *La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario*. La Ley Actualidad.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. (2017). El objeto de la prueba. En GONZÁLEZ CANO, M. I. (Dir.) y ROMERO PRADAS, M. I. (Coord.), *La prueba en el proceso laboral*. Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2025). La «legalización» de la garantía de indemnidad del trabajador: ¿oportunidad o retroceso? *GA-P Análisis Laboral*, mayo 2025.
- LUNA YERGA, A. (2003). Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria. *InDret*, 4.
- MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (2003). El derecho subjetivo en el derecho romano (un estado de la cuestión). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25.

- MONEREO PÉREZ, J. L. (1996). *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- MORENO PÉREZ, J. M. (2022). El orden social como garante del cumplimiento de prevención (y reparación) de riesgos: vis atractiva, conflictividad incesante pospandemia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 195-205.
- MONTERO AROCA, J. (2012). *La prueba en el proceso civil*. Civitas.
- NIEVA FENOLL, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debería ser abolida. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1, 129-146.
- NIEVA FENOLL, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *InDret*, 3.
- NIEVA FENOLL, J. (2022). Réquiem por la carga de la prueba. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 4.
- NIEVA FENOLL, J. (2025). *Hacia el proceso judicial del siglo XXII*. Tirant lo Blanch.
- NIEVA FENOLL, J. (2025). Autopsia de la carga de la prueba. *InDret*, 3. <https://doi.org/10.31009/InDret.2025.i3.13>
- PAREDES PALACIOS, P. (2020). El principio de facilitación probatoria en el proceso laboral. En FERRER BELTRÁN, J. y VÁZQUEZ, C. (Eds.), *Del derecho al razonamiento probatorio*. Marcial Pons.
- PICÓ I JUNOY, J. (2006). El principio de adquisición procesal en materia probatoria. *Diario La Ley*, 6404.
- PILLADO GONZÁLEZ, E. (2025). La prueba (I). En ROMERO PRADAS, M. I. (Coord.), *Derecho procesal laboral*. Tirant lo Blanch.
- PILLADO GONZÁLEZ, E. (2025). La prueba (II). En ROMERO PRADAS, M. I. (Coord.), *Derecho procesal laboral*. Tirant lo Blanch.
- PRÜTTING, H. (2006). Presentación de documentos y dirección del proceso. En PÉREZ RAGONE, A. J. y ORTIZ PRADILLO, J. C. (Eds./Trad.), *Código procesal civil alemán [ZPO]*. Konrad Adenauer Stiftung.
- RICHARDSON JOHNSON, J. y STACKPOLE, D. Y. (2026). *Evidence Benchbook* (Rev. ed.). Michigan Judicial Institute.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (2020). *La carga de la prueba en supuestos de discriminación: su regulación en el proceso civil*. Tirant lo Blanch.

- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (2022). La carga de la prueba en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: algunas consideraciones críticas desde la óptica del proceso civil. *Diario La Ley*, 10131.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2004). La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León. *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, 7.
- ROMERO PRADAS, M. I. (2025). Inicio del proceso. En ROMERO PRADAS, M. I. (Coord.), *Derecho procesal laboral*. Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (2021). El tratamiento procesal de la discriminación por razón de enfermedad infectocontagiosa en el marco de las relaciones de trabajo. *Diario La Ley*.
- SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, A. (2023). Inversión de la carga probatoria en los pleitos sobre vulneración de la garantía de indemnidad. *Diario La Ley*, 10348.
- SANZ TOMÉ, F. (1979). Notas sobre la prueba en el proceso laboral (I). *Revista de Política Social*, 123.
- SCAEVOLA, Q. M. (APALATEGUI OCEJO, P. y OYUELOS PÉREZ, R.). (1958). *Código civil* (T. XX, Rev. MARÍN PÉREZ, P.). Reus.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1981). Artículo 1.214. En ALBADALEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (T. XVI, Vol. 2). Revista de Derecho Privado.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1981). Artículo 1250. En ALBADALEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (T. XVI, Vol. 2). Revista de Derecho Privado.
- TODOLÍ SIGNES, A. y TYC, A. (2016). La carga de la prueba en el proceso laboral español y comparado. *RTSS. CEF*, 396.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2020). La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 449-450, 89-114.
- TARUFFO, M. (2009). Consideraciones sobre las máximas de experiencia. En *Páginas sobre justicia civil* (ARAMBURU CALLE, M., Trad.). Marcial Pons.
- TARUFFO, M. (2009). Observaciones sobre las ficciones jurídicas y el proceso civil. En *Páginas sobre justicia civil* (ARAMBURU CALLE, M., Trad.). Marcial Pons.

- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D. (2025). Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas. En VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDELLA, M. (Dir.), *Manual de Derecho Administrativo* (3.ª ed., pp. 179-203). Marcial Pons.
- VALLE MUÑOZ, F. A. (2024). La prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal como manifestación del principio de estabilidad en el empleo. *Temas Laborales*, 174.
- VALLE MUÑOZ, F. A. (2025). La presunción de indefinición del contrato de trabajo temporal por no respetarse su forma escrita. *Lan Harremanak*, 53, 383-405.
- VÉLEZ TORO, A. J. (en prensa). *El juicio (post)verbal. Estudio crítico*. Aranzadi.
- VERDE, G. (2024). Attualità del principio dell'onere della prova. *Il Processo*, 3.
- VERNENGO PELLEJERO, N. C. (2016). Aspectos procesales de las diligencias finales en el procedimiento laboral (una réplica, con matices, de lo apreciable en el proceso civil). *Práctica de Tribunales*, 118.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.). (2020). *Manual de derecho procesal laboral*. Tecnos.
- MARTÍN MORALES, R. (Dir.). (2000). *El principio constitucional de intervención indiciaria*. Grupo Editorial Universitario.
- WACH, A. (2006). La relación entre el juez y las partes. En *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana* (KROTOSCHIN, E., Trad.). Ara.
- WACH, A. (2006). El procedimiento en rebeldía. En *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana* (KROTOSCHIN, E., Trad.). Ara.

Recursos electrónicos

- CORDÓN MORENO, F. J. (2024). Precisiones sobre la carga de la prueba. Gómez-Acebo & Pombo. https://ga-p.com/wp-content/uploads/2024/04/Carga_de_la_Prueba.pdf
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2021). La carga de la prueba en el proceso laboral español. *Laborem*, 8, 85-117. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem8-85-117.pdf>

José Antonio Díaz Cabiale

La crisis de la carga de la prueba desde la atalaya del proceso laboral

Cómo citar: Díaz Cabiale, J. A. (2026). La crisis de la carga de la prueba desde la atalaya del proceso laboral. *Revista Jurídica del Trabajo*, 7(18), 137-226.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

ARTÍCULOS

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora

*The underapplication of the NTEP as a violation of the fundamental duty of state protection (*Schutzpflicht*) and the erosion of social protection for the working class*

Fecha de envío: 18/05/2026 – Fecha de aceptación: 15/06/2026

Raymundo Lima Ribeiro Júnior

Ministério Público do Trabalho
raymundo.ribeiro@mpt.mp.br

Luciana de Aboim Machado

Universidade Federal de Sergipe
lucianags.adv@uol.com.br

Antônio Pereira Nascimento Júnior

Ministério Público do Trabalho
antonio.pnascimento@mpt.mp.br

RESUMEN: O presente artigo aborda a importância, a natureza jurídica, os precedentes jurisprudenciais e o preocupante cenário de subaplicação do

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal

(Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) no Brasil, bem como seus impactos negativos na proteção social da classe trabalhadora e nos sistemas previdenciário e de saúde pública. Sustenta-se que o NTEP, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.430/2006, constitui importante instrumento legal de efetivação da política pública nacional de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, de modo que sua subaplicação configura violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht), por configurar proteção insuficiente (Untermassverbot) dos direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à higidez do meio ambiente de trabalho. Nesse cenário, defende-se que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Ministério da Previdência Social (MPS), por seu Departamento de Perícia Médica Federal (DPMF), devem organizar seus sistemas informatizados e fluxos procedimentais de modo a assegurar a efetiva incidência do NTEP sempre que presentes seus pressupostos legais. Propõe-se, para tal, a parametrização de sistemas para identificação automática do cruzamento CNAE-CID, inclusive mediante o uso de ferramentas de inteligência artificial (IA), a capacitação da perícia médica federal sobre a natureza jurídica do NTEP e a inversão do ônus da prova, bem como a transparência administrativa para o registro detalhado das razões que motivam o afastamento do nexo presumido, permitindo controle social e fiscalização pelos órgãos de controle das políticas públicas, incluindo o Ministério Público.

PALABRAS CLAVE: NTEP, subaplicação, dever de proteção, vedação à proteção insuficiente, perícia médica federal

ABSTRACT: This article addresses the importance, legal nature, case law precedents, and the concerning scenario of under-application of the Epidemiological Technical Link in Social Security (NTEP) in Brazil, as well as its negative impacts on the social protection of the working class and on the social security and public health systems. It argues that the NTEP, introduced into the Brazilian legal system by Law No. 11.430/2006, constitutes an important legal instrument for the implementation of the national public policy for the prevention of accidents and occupational diseases, such that its under-application constitutes a violation of the fundamental duty of state protection (Schutzpflicht), as it represents insufficient protection (Untermassverbot) of

the fundamental rights to health, social security, and a healthy work environment. In this scenario, it is argued that the National Institute of Social Security (INSS) and the Ministry of Social Security (MPS), through its Federal Medical Expertise Department (DPMF), should organize their computerized systems and procedural flows to ensure the effective application of the NTEP (Technical Norm for Occupational Exposure) whenever its legal prerequisites are present. To this end, it is proposed that systems be parameterized for automatic identification of the CNAE-CID (National Classification of Economic Activities) cross-referencing, including through the use of artificial intelligence (AI) tools; that federal medical experts be trained on the legal nature of the NTEP and the reversal of the burden of proof; and that administrative transparency be ensured for the detailed recording of the reasons that justify the exclusion of the presumed causal link, allowing for social control and oversight by public policy control bodies, including the Public Prosecutor's Office.

KEYWORDS: NTEP, under-application, duty of protection, prohibition of insufficient protection, federal medical expertise

1. Introdução

O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP), introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.430/2006, que acrescentou o art. 21-A na Lei nº 8213/1991, constitui um dos pilares mais relevantes da proteção social à classe trabalhadora brasileira no âmbito da saúde e segurança do trabalho.

Criado com a finalidade de superar a histórica subnotificação de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, o NTEP estabelece uma presunção legal relativa de causalidade entre a atividade econômica da empresa prevista na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) e a entidade mórbida relacionada na Classificação Internacional de Doenças (CID).

Trata-se, desse modo, de importante instrumento legal de efetivação da política pública nacional de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, concebida para

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (*Schutzpflicht*) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora a promoção dos direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à higidez do meio ambiente de trabalho.

No entanto, a prática administrativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e do Ministério da Previdência Social (MPS), por seu Departamento de Perícia Médica Federal (DPMF), tem revelado uma preocupante subaplicação do NTEP, fenômeno que fragiliza a proteção da classe trabalhadora e compromete a eficácia das normas de saúde e segurança do trabalho, repercutindo negativamente sobre os sistemas previdenciário e de saúde pública.

À luz da teoria dos direitos fundamentais, sobretudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, do dever estatal de proteção (*Schutzpflicht*) e da vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*), a Previdência Social não pode tratar a presunção epidemiológica prevista no art. 21-A da Lei nº 8.213/1991 como faculdade administrativa. Ao revés, deve organizar seus sistemas informatizados e fluxos procedimentais de modo a assegurar a efetiva incidência do NTEP, sempre que presentes seus pressupostos legais.

Nesse cenário, apontam-se três medidas centrais: a parametrização dos sistemas informatizados do INSS e do DPMF, inclusive com utilização de ferramentas de inteligência artificial (IA); a capacitação da perícia médica federal; e a exigência de transparência administrativa, com registro detalhado das razões que motivam eventual afastamento do nexa presumido, permitindo controle social e fiscalização pelos órgãos de controle das políticas públicas, inclusive o Ministério Público.

2. Direitos fundamentais, dever estatal de proteção e vedação à proteção insuficiente

A concepção contemporânea dos direitos fundamentais consolidou a percepção de que os direitos fundamentais também possuem uma dimensão objetiva, irradiando efeitos sobre toda a ordem jurídica e vinculando a atuação dos Poderes Públicos, inclusive da Administração Pública.

Ingo Wolfgang Sarlet registra que, desde a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais constituem "*decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da*

Constituição" e fornecem "*diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos*" (SARLET, 2018, p. 149).

Konrad Hesse, ao sustentar a força normativa da Constituição, afirma que a Constituição "*transforma-se em força ativa*" quando suas tarefas são efetivamente realizadas (HESSE, 1991, p. 19), assim a exigir, para além da mera existência formal de normas protetivas, atuação institucional orientada à concretização dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais dá origem a deveres positivos de proteção, organização e procedimento. O Estado deve não apenas se abster de violar direitos, mas, sobretudo, protegê-los contra riscos, omissões e agressões oriundas de relações privadas ou de estruturas sociais que produzem vulnerabilidade.

Nesse sentido, Sarlet assinala que os direitos fundamentais, em sua função de imperativos de tutela, impõem ao Estado o dever de zelar pela proteção dos direitos fundamentais, atribuindo-se aos direitos fundamentais "*o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflicht) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais*" (SARLET, 2018, p. 148).

A partir dessa premissa, o Estado pode frustrar seu dever de proteção "*atuando de modo insuficiente*" (SARLET, 2006, p. 335). A insuficiência pode resultar tanto da omissão total quanto da adoção de mecanismos inadequados, ineficazes ou incapazes de assegurar o mínimo de proteção constitucionalmente exigido, em descumprimento do princípio da vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (SARLET, 2006, p. 335).

3. Direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à higidez do meio ambiente de trabalho

A Constituição de 1988 consagrou a saúde e a previdência social como direitos sociais (artigo 6º), bem como alçou à categoria de direito fundamental à higidez do meio ambiente de trabalho, por meio da redução dos riscos inerentes ao trabalho (artigo 7º, XXII).

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora

O artigo 196 da Carta Magna, por sua vez, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas voltadas à redução do risco de doença e de outros agravos. Ainda, o artigo 200, VIII, atribui ao Sistema Único de Saúde a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Por fim, o artigo 201 estrutura a previdência social como sistema destinado à cobertura de eventos como incapacidade, doença, invalidez e idade avançada.

A Constituição de 1988 inaugurou um modelo aberto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, permitindo a formação de um sistema multinível de proteção da pessoa humana, a partir da cláusula de abertura disposta no art. 5º, §2º: *"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"* (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591/1992, reconhece o direito de toda pessoa à seguridade social, inclusive ao seguro social (artigo 9º), bem como assegura o direito de toda pessoa ao mais elevado nível possível de saúde física e mental (artigo 12).

Do mesmo modo, a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, densifica esse dever de proteção, estabelecendo a necessidade de formulação de uma política nacional coerente em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e meio ambiente laboral, voltada à prevenção dos acidentes e danos à saúde relacionados ao trabalho.

Ainda, a Convenção nº 161, relativa aos serviços de saúde do trabalho, reforça a importância da vigilância das condições laborais e da proteção da saúde dos trabalhadores. Ainda, a Convenção nº 187, relativa ao marco promocional para a segurança e saúde no trabalho, oferece parâmetro contemporâneo relevante, ao promover uma cultura nacional de prevenção em matéria de segurança e saúde ocupacional.

Extraí-se desse conjunto normativo a diretriz orientativa da política pública nacional de prevenção de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, que correlaciona saúde, trabalho e previdência, sendo possível compreender que a proteção

previdenciária do trabalhador adoecido e a tutela de sua saúde não são esferas apartadas, mas dimensões interdependentes de um mesmo dever estatal de proteção. O trabalhador que adoece em razão do trabalho necessita, simultaneamente, de cuidado em saúde, reconhecimento institucional do nexo ocupacional e proteção previdenciária adequada.

4. Natureza jurídica, constitucionalidade do NTEP e jurisprudência trabalhista

O NTEP não é uma mera diretriz administrativa, mas um instrumento de política pública estabelecido em lei federal, com fundamento constitucional, na medida em que visa à redução dos riscos inerentes ao trabalho, conforme art. 7º, XXII, da Constituição da República de 1988.

O art. 21-A da Lei nº 8.213/1991 dispõe que a perícia médica federal considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar a ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade econômica da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade. O dispositivo consagra, portanto, uma presunção relativa de natureza acidentária, fundada em correlação epidemiológica entre CNAE e CID.

Ao identificar a correlação estatística entre a CNAE e a CID, o legislador previdenciário reconheceu a dificuldade de se provar, caso a caso, o nexo causal entre o acidente ou a doença e a atividade executada pelo trabalhador em favor da empresa, especialmente devido à opacidade e à falta de transparência nas relações de emprego.

O NTEP deve ser compreendido, portanto, como instrumento legal de materialização dos direitos fundamentais à saúde, à previdência social e à higidez do meio ambiente de trabalho.

Com efeito, a constitucionalidade do NTEP foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 3931, consolidando sua legitimidade como ferramenta de proteção da ordem jurídica trabalhista e da preservação da vida, da saúde e da segurança de quem trabalha. A presunção epidemiológica não viola a livre iniciativa nem o regime constitucional da

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora previdência social. Ao contrário, concretiza a proteção constitucional à saúde do trabalhador e à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Trata-se de norma de ordem pública, cogente, irrenunciável e indisponível, havendo interesse social quanto a sua observância, gerando o seu descumprimento prejuízos graves à sociedade e aos destinatários da norma.

Os direitos à vida, à saúde, à integridade físico-psíquica e à previdência social são afetados quando o NTEP é inaplicado. A propósito, no final das contas, quem custeia os benefícios previdenciários e acidentários é o INSS, enquanto o tratamento de saúde do trabalhador acidentado ou adoecido é assumido, em regra, pelo SUS.

Quando a norma jurídica é de ordem pública, o Estado e a sociedade devem ter em mente que:

[...] a obrigatoriedade que resulta das leis de ordem pública é absoluta, por modo a não permitir nenhuma escolha à vontade do particular e a sanção do direito (nulidade ou pena) segue-se necessariamente à contravenção do preceito. (RÁO, 1991, p. 182).

Na mesma perspectiva, Amaro Barreto afirma que:

O princípio geral predominante, na tutela do trabalho, é o de que as normas protetoras do mesmo são prevalentemente de ordem pública, transcendendo o interesse individual e atingindo ao interesse social. Tais normas, que regem interesse público, por sobre o interesse individual, são imperativas, indeclináveis e inderrogáveis (BARRETO, 1964, p. 19).

Arnaldo Süssekind reforça tal entendimento ao sustentar que *"a necessidade de proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico"* (SÜSSEKIND et al, 2003, p. 144).

A esse respeito, os tribunais trabalhistas têm reconhecido a relevância do NTEP como elemento de caracterização do nexo causal ou concausal entre trabalho e adoecimento e atribuído ao Nexo Técnico valor probatório relevante, quando não há prova técnica robusta em sentido contrário.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) é pacífica em reconhecer que a existência de nexo técnico epidemiológico entre a doença que afeta o trabalhador e a atividade da empresa gera presunção relativa da natureza ocupacional do afastamento, de modo que, uma vez reconhecido o NTEP, cabe à empresa demonstrar que as doenças e acidentes de trabalho que acometem seus empregados não se relacionam com a atividade desempenhada.

Nesse sentido, transcreve-se ementa de acórdão prolatado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) do C. TST, responsável por uniformizar o entendimento entre os órgãos fracionários do tribunal, e, a título de exemplo, da 1ª Turma, em igual direção à jurisprudência das demais sete Turmas¹ do tribunal:

AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. NEXO CONCAUSAL. SÚMULA Nº 126 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Demonstrada possível contrariedade à Súmula nº 126 desta Corte, na forma do art. 894, II, da CLT, dá-se provimento ao agravo interno para determinar o processamento do recurso de embargos. RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. NEXO CONCAUSAL. SÚMULA Nº 126 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Esta Subseção já firmou entendimento no sentido de, em regra, não ser viável o conhecimento do recurso de embargos por contrariedade a súmula de conteúdo processual, tendo em vista a sua função precípua de uniformização da jurisprudência, conferida pelas Leis nos 11.496/2007 e 13.015/2014, razão pela qual o acolhimento da alegação de afronta ou má aplicação da Súmula nº 126 do TST trata-se de hipótese excepcional. Nesse cenário, observa-se que a hipótese

¹ Nesse sentido, as seguintes decisões: RR - 1214-57.2015.5.12.0061 Data de Julgamento: 06/09/2017, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017; Ag-AIRR-10388-72.2015.5.15.0137, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 05/11/2021; RR-100-81.2013.5.17.0007, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 15/03/2019; Ag-RR-799-64.2011.5.09.0654, 5ª Turma, Redator Ministro Breno Medeiros, DEJT 22/11/2024; RR-20340-47.2020.5.04.0221, 6ª Turma, Relator Ministro Antonio Fabricio de Matos Goncalves, DEJT 04/10/2024; RRAg-21068-66.2017.5.04.0521, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 30/06/2023; RRAg-1199-75.2014.5.05.0463, 8ª Turma, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 02/12/2024.

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal

(Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora mais evidente de contrariedade ao conteúdo da Súmula nº 126 desta Corte diz respeito aos casos em que a Turma, para afastar a conclusão a que chegou o Colegiado Regional, recorre a elemento fático não registrado no acórdão recorrido. In casu, o TRT de origem consignou que a conclusão do perito foi no sentido de que a hérnia inguinal do autor é de origem congênita, sem relação com o trabalho e ausente, portanto, nexos causal e apto o autor atualmente, para o trabalho; do próprio laudo, constou que a avaliação do local de trabalho ficou prejudicada na data da perícia, por não coincidir com as condições existentes na data do alegado acidente. Registrou, ainda, que o Ministério Público do Trabalho opinou pela fragilidade do laudo pericial acerca das condições de trabalho e, assim, pela existência de nexos concausal entre a hérnia inguinal e o labor. A Corte Regional, considerando o depoimento da testemunha de que "as atividades realizadas pelo autor na amarração da carga e enlonamento do caminhão implicavam intenso esforço físico, tendo de puxar braçalmente lonas com peso de, no mínimo, 80 kg, junto com outro empregado", concluiu que havia risco ergonômico para causar ou agravar lesões, ao fundamento de que o artigo 198 da CLT estipula como 60 kg o peso máximo a ser removido individualmente por um trabalhador, de modo a prevenir a fadiga e manter o labor em condições de segurança. Considerou, ainda, o nexos técnico epidemiológico (NTEP), porquanto a ré se insere na atividade de industrialização de produtos de madeiras aglomeradas, compensadas, laminadas e serradas, cujo CNAE é o 1621-8/00. Reconheceu configurado o NTEP, pois as doenças cujo intervalo do CID é de K40-K46, como no caso em comento (CID 10 - K40), têm nexos com as atividades de CNAE 1621. Em sequência, com base na metodologia do NTEP, adotou tese no sentido de que cabe à empresa provar que as doenças e os acidentes de trabalho não foram causados pela atividade desenvolvida pelo trabalhador, ou seja, o ônus da prova é do empregador, e não do empregado, no sentido de que não existe o nexos causal. Registrou que, no caso concreto, caberia à ré afastar a presunção da existência do nexos causal entre a doença do trabalhador e a atividade desenvolvida por ele na ré, apesar da existência do nexos técnico epidemiológico, visto que esta metodologia (NTEP) acarreta apenas a presunção da existência do referido nexos causal. Verificou, contudo, que a ré não juntou aos autos qualquer prova capaz de afastá-lo, ônus que lhe cabia. Nesse contexto, concluiu "estar evidenciada a concausa entre a doença que

acometeu o autor e as atividades desempenhadas no trabalho. Neste particular, cabe ressaltar que a concausalidade não exclui o dever de indenizar daquele que pratica o ato ilícito, não sendo necessário o nexo causal exclusivo para o deferimento da indenização postulada". A egrégia Turma, por sua vez, considerou que a prova pericial foi conclusiva quanto à inexistência de doença ocupacional em razão da ausência de nexo de causalidade ou de concausalidade entre a doença do reclamante (hérnia inguinal) e a atividade por ele desenvolvida na reclamada, na medida em que apurou que referida moléstia era de origem congênita, não relacionada com o trabalho; que o autor, na data da extinção do contrato de trabalho e posteriormente, foi considerado apto, inclusive para o exercício das suas atividades, pela perícia médica previdenciária após recuperação cirúrgica; e que não há registro de prova, por parte do reclamante, apta a desconstituir a perícia técnica. Nesse contexto, procedeu ao vedado reexame da prova dos autos, uma vez que a instância soberana da prova verificou que a ré não juntou aos autos qualquer prova capaz de afastar o nexo causal presumido pelo NTEP, ônus que lhe cabia. Ora, ao que se observa, o acórdão regional foi categórico ao registrar e considerar todo o conjunto probatório (prova oral, prova pericial, NTEP e CNAE), tendo registrado a inviabilidade de se adotar apenas o laudo do perito para fins de verificação do nexo concausal, uma vez que, repita-se: a) não houve perícia no local de trabalho; b) o peso carregado pelo autor (80kg) era superior ao estabelecido no artigo 198 da CLT (60kg); c) a presença do NTEP com base no CNAE da empresa; d) a prova testemunhal atestou as atividades desempenhadas pelo autor e a relação com as características de levantamento de peso. Como bem afirmado pelo TRT, o NTEP objetiva identificar as doenças e acidentes relacionados a determinada atividade profissional pelo INSS. Adotada tal metodologia, cabe à empresa demonstrar que as doenças e acidentes de trabalho que acometem seus empregados não se relacionam com a atividade desempenhada. Assim, é dela o ônus de provar que se utilizou de todos os meios necessários para romper o nexo entre a doença e a atividade desenvolvida ou, por outro lado, demonstrar que outros fatores teriam desencadeado a moléstia. Não se trata de omissão da Turma quanto a todas as premissas registradas no acórdão regional, mas de registro fático que o contraria, uma vez que a constatação de concausalidade decorreu de todos os aspectos acima abordados. Desse modo, ficou configurada a

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora excepcionalíssima hipótese de contrariedade à Súmula nº 126 desta Corte. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-289-55.2014.5.12.0042, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 26/03/2021)

“DIREITO DO TRABALHO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. BANCÁRIO. DEPRESSÃO. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. PRESUNÇÃO RELATIVA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 126. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. 1. Agravo de instrumento contra decisão regional que não admitiu o recurso de revista da parte autora. 2. A discussão cinge-se ao reconhecimento da natureza ocupacional da doença. 3. O nexo de causalidade que autoriza o reconhecimento da natureza ocupacional da doença, segundo a dicção do art. 20, II, da Lei n. 8.213/1991, é aquele originado pelas condições especiais em que o trabalho é realizado, no caso da depressão, o meio ambiente deletério, opressivo ou estressante, o que não se extrai do quadro fático assentado no acórdão regional. 4. Já o nexo técnico epidemiológico previdenciário (NTEP), descrito no art. 21-A da Lei n. 8.213/1991, constitui critério estatístico eficaz para estabelecer o nexo de causalidade entre a doença adquirida e o trabalho realizado. Tal critério, contudo, nos termos do que estabelece § 1º do próprio dispositivo, não se aplica quando demonstrada a inexistência do nexo causal entre a patologia apresentada e a atividade exercida na empresa. Trata-se, portanto, de presunção relativa (juris tantum) de caracterização de doença ocupacional, a qual pode ser elidida por prova em contrário. Precedentes.” RRAg-892-64.2020.5.09.0863, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 17/03/2026.

5. A subaplicação do NTEP como proteção insuficiente

A não aplicação, a aplicação restritiva ou a desconsideração imotivada do NTEP configuram típicas hipóteses de proteção insuficiente, na medida em que a Administração Pública não pode neutralizar a eficácia de direito fundamental por omissão, interpretação burocrática ou exigência probatória incompatível com sua própria finalidade.

Nesses casos, o problema não é apenas de legalidade administrativa. É de insuficiência constitucional da proteção conferida ao trabalhador adoecido. O INSS e o DPMF, como órgãos executores da política previdenciária, têm o dever de estruturar seus procedimentos, sistemas informatizados, protocolos periciais e decisões administrativas de modo compatível com a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais.

O direito fundamental não é violado apenas quando um ato estatal restringe indevidamente a esfera jurídica do indivíduo, senão, também, quando o Estado deixa de instituir ou operar adequadamente mecanismos indispensáveis à sua proteção. Nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, em sua dimensão objetiva, *"as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado"* (SARLET, 2006, p. 331), de modo que a violação da proibição de proteção insuficiente pode decorrer tanto de uma omissão estatal quanto de *"uma atuação insuficiente"* para assegurar proteção minimamente eficaz ao bem fundamental tutelado (SARLET, 2006, p. 339).

Desse modo, a omissão organizatória, nesse campo, produz o mesmo resultado prático de uma negativa expressa: o trabalhador adoecido deixa de receber a tutela que a Constituição e a lei lhe asseguram.

A invisibilização do nexo causal produz efeitos individuais e coletivos. Afeta o trabalhador, que deixa de receber tutela adequada; o sistema de saúde, que perde recursos relevantes; o sistema previdenciário, que deixa de acionar mecanismos de custeio e responsabilização; e a sociedade, que deixa de identificar setores produtivos com maior potencial de adoecimento, afetando as políticas públicas prevencionistas.

6. O cenário de subaplicação do NTEP e seus impactos negativos

Dados oficiais do Ministério da Previdência Social (MPS) revelam uma tendência de redução significativa na concessão de benefícios acidentários (espécie B91). A proporção destes benefícios frente ao total de auxílios por incapacidade caiu de 16,1% em 2009 para apenas 6,2% em 2023.

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora

Esta queda acentuada não reflete, necessariamente, uma melhoria nas condições de saúde e segurança do meio ambiente do trabalho, ao contrário, sugere a existência de barreiras administrativas negacionistas que resultam na descaracterização sistemática da natureza laboral das enfermidades.

As consequências desta política negacionista da natureza laboral de acidentes e doenças que, estatisticamente, estão relacionadas a atividades econômicas são gravíssimas, engendrando lesões a diversos direitos e interesses, inclusive de natureza metaindividual:

- Para os trabalhadores acidentados ou adoecidos, tem-se transferência indevida do ônus probatório da natureza laboral da enfermidade, perda da estabilidade provisória acidentária no emprego (artigo 118 da Lei nº 8.213/1991) e prejuízos no recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), conforme artigo 15, § 5º, da Lei nº 8.036/1990;
- Para o sistema previdenciário: enorme redução da arrecadação previdenciária vinculada ao RAT/FAP (Riscos Ambientais do Trabalho/Fator Acidentário de Prevenção) e inviabilização de ações regressivas acidentárias contra empresas infratoras, o que desestimula o investimento em prevenção pelos empregadores; e
- Para o sistema de saúde pública: os trabalhadores acidentados ou adoecidos, geralmente, utilizam os serviços do Sistema Único de Saúde (SUS) para o socorro e tratamento das lesões causadas pelos acidentes e doenças relacionadas ao trabalho. No plano coletivo, ainda, a subaplicação do NTEP contribui para a naturalização do adoecimento laboral. O agravo deixa de ser compreendido como expressão de risco ocupacional e passa a ser tratado como evento individual, desconectado da organização do trabalho. Essa leitura enfraquece a tutela preventiva e limita a atuação dos órgãos de fiscalização.

Portanto, a subaplicação do NTEP não é problema meramente estatístico ou previdenciário. Trata-se de falha institucional que repercute sobre direitos fundamentais, políticas públicas, financiamento da seguridade social, proteção do meio ambiente de trabalho e responsabilização de agentes econômicos que se beneficiam de processos produtivos geradores de adoecimento.

7. A necessidade de fundamentação técnica para o afastamento do NTEP

O reconhecimento da natureza relativa da presunção do NTEP exige atenção ao dever de motivação. O art. 21-A, § 1º, da Lei nº 8.213/1991 admite que a perícia médica federal deixe de aplicar o nexo técnico epidemiológico quando demonstrada a inexistência do nexo. Essa demonstração, contudo, não pode ser genérica, implícita ou padronizada, devendo ser técnica, individualizada e compatível com a finalidade protetiva da norma.

A aplicação do NTEP, quando estabelecida a relação entre a CNAE com a CID, deve ser a regra. O afastamento do nexo presumido pela perícia médica deve ser tratado como hipótese excepcional, exigindo fundamentação técnica detalhada, robusta, individualizada e pautada nos critérios do art. 2º, I a IX, da Resolução nº 2.297/2021, do Conselho Federal de Medicina (CFM), quais sejam:

- I – A história clínica e ocupacional atual e pregressa, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexo causal;
- II – O estudo do local de trabalho;
- III – O estudo da organização do trabalho;
- IV – Os dados epidemiológicos;
- V – A literatura científica;
- VI – A ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhadores expostos a riscos semelhantes;
- VII – A identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros;
- VIII – O depoimento e a experiência dos trabalhadores;
- IX – Os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde.

A ausência de justificativa técnica, nos termos acima explicitados, para a descaracterização do NTEP, quando presente a presunção legal, configura falta grave administrativa que atenta contra os direitos e interesses individuais indisponíveis, coletivos e difusos, passível de apuração e eventual punição estatal.

8. Propostas para o aperfeiçoamento do sistema de perícia médica federal

A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora

Para reverter o quadro de subaplicação do NTEP pela perícia médica federal, apresenta-se, como medida estruturante necessária, a parametrização dos sistemas mediante aprimoramento dos fluxos de análise e dos sistemas eletrônicos para identificação automática do cruzamento CNAE-CID, direcionando o benefício para a natureza acidentária sempre que houver a presunção legal.

Desse modo, o sistema da perícia médica federal deve ser capaz de identificar, a partir dos dados cadastrais da empresa e do diagnóstico informado, se há correlação epidemiológica para, em caso positivo, registrar a incidência do NTEP, inclusive com alertas obrigatórios para a perícia médica federal, de modo a se impedir que o caso seja concluído sem análise expressa dessa informação.

A capacitação da perícia médica federal é igualmente indispensável. O perito deve compreender que o NTEP é presunção legal relativa, constitucionalmente validada, fundada em evidência epidemiológica e destinada à proteção previdenciária do trabalhador. A capacitação deve abordar sua natureza jurídica, seus pressupostos, a possibilidade de afastamento apenas de forma motivada, a inversão do ônus probatório e a relevância coletiva dos registros de adoecimento ocupacional

Ainda, devem ser instituídos mecanismos de transparência e controle, com exigência de registro detalhado nos processos administrativos das razões que motivaram o afastamento do nexo presumido (NTEP), permitindo o controle social e a fiscalização por parte dos órgãos de controle das políticas públicas, incluindo o Ministério Público. Nesse sentido, devem ser exigidos campos obrigatórios de motivação para o afastamento do NTEP, de modo que, caso o perito conclua pela inexistência do nexos, o sistema demande fundamentação específica, com indicação dos elementos epidemiológicos e técnicos que justificam o afastamento, sendo vedada a decisão genérica, lacônica ou silenciosa sobre a presunção.

A esse respeito, as ferramentas de inteligência artificial (IA) podem reduzir omissões administrativas, padronizar a identificação da hipótese legal, qualificar a motivação do afastamento do nexos presumido, desde que permitam a respectiva auditoria e governança.

9. Conclusão

A subaplicação do NTEP não é apenas uma questão técnica: é uma escolha política que esvazia a proteção social da classe trabalhadora e desestimula o empregador a investir no cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho. Trata-se de violação ao dever fundamental de proteção estatal. A Constituição de 1988 não apenas reconhece direitos sociais, como impõe ao Estado a adoção das medidas necessárias para sua efetivação. Nessa perspectiva, a não aplicação de instrumento legal criado para reconhecer o nexo ocupacional com base em evidências epidemiológicas configura hipótese de proteção insuficiente.

O NTEP deve ser compreendido como instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais à saúde, à previdência social, à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral equilibrado. Sua finalidade é superar a desigualdade probatória estrutural que recai sobre o trabalhador adoecido. Por isso, os órgãos previdenciários devem organizar seus sistemas informatizados, seus protocolos periciais e seus mecanismos de motivação decisória para assegurar a incidência efetiva da presunção legal.

A teoria dos direitos fundamentais oferece fundamento dogmático sólido para essa conclusão. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula todos os Poderes Públicos, impondo ao Estado deveres positivos de proteção (*Schutzpflicht*), assim a impedir proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

A parametrização dos sistemas do INSS e do DPMF, com apoio de inteligência artificial juridicamente governada, a capacitação da perícia médica federal e a transparência dos motivos de afastamento do NTEP não constituem medidas meramente gerenciais. São exigências decorrentes do dever estatal de proteção suficiente. A tecnologia, nesse contexto, deve funcionar como instrumento de conformidade constitucional e administrativa, impedindo que a presunção epidemiológica seja ignorada ou afastada sem fundamentação técnica adequada.

O desafio de todos os que defendem a ordem jurídica constitucional, previdenciária e trabalhista é o de assegurar que o NTEP cumpra a sua missão de proteger os trabalhadores acidentados ou adoecidos, os sistemas previdenciário e de saúde pública, além de garantir a responsabilidade sociolaborambiental das empresas e empregadores em geral.

Bibliografia

- BARRETO, A. (1964). Tutela geral do trabalho (Vol. 1). Edições Trabalhistas.
- DELGADO, M. G. (2010). Princípios de direito individual e coletivo do trabalho (3a ed.). LTr.
- HESSE, K. (1991). A força normativa da Constituição (G. F. Mendes, Trad.). Sergio Antonio Fabris.
- PIOVESAN, F. (2023). Temas de direitos humanos (12a ed.). Saraiva.
- RÁO, V. (1991). O direito e a vida dos direitos (3a ed., Vol. 1). Revista dos Tribunais.
- SARLET, I. W. (2018). A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional (13a ed.). Livraria do Advogado.
- SÜSSEKIND, A., & TEIXEIRA FILHO, J. de L. (2003). Instituições de direito do trabalho (21a ed.). LTr.

Recursos electrónicos

- SARLET, I. W. (2006). Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (10), 303–354.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>

Cómo citar: Lima Ribeiro Júnior, R., de Aboim Machado, L., & Pereira Nascimento Júnior, A. (2026). A subaplicação do NTEP como violação ao dever fundamental de proteção estatal (Schutzpflicht) e o esvaziamento da proteção social à classe trabalhadora. *Revista Jurídica del Trabajo*, 7(18), 227–244.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

CONFERENCIAS / EXPOSICIONES

Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical

Collective labor relations in Brazil: a system under construction outside the scope of trade union freedom

Fecha de envío: 05/06/2026

Nelson Mannrich

Universidade de São Paulo

nelsonmannrich@mannrichvasconcelos.com.br

RESUMEN: Este artigo examina as raízes históricas e o estado atual do sistema de relações coletivas de trabalho no Brasil, argumentando que o país ainda arrasta a herança do modelo corporativista implantado na década de 1930 por Getúlio Vargas. Apesar dos avanços da Constituição de 1988, mantiveram-se pilares como a unicidade sindical e o poder normativo da Justiça do Trabalho, impedindo a consolidação da verdadeira liberdade sindical nos moldes da Convenção 87 da OIT. Essa estrutura gerou um sindicalismo fragmentado e de baixa representatividade, onde a negociação coletiva é pífia e costuma apenas replicar direitos garantidos por lei. Além disso, a interferência do Judiciário por meio dos dissídios coletivos desincentiva o diálogo de boa-fé e gera insegurança jurídica.

Para superar essas deficiências, o autor propõe três desafios centrais. Primeiro, implantar a liberdade sindical plena, eliminando o monopólio da unicidade e adotando o princípio da representatividade efetiva. Segundo, frear a

Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical

interferência estatal, extinguindo o poder normativo judicial e estimulando mecanismos privados de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem. Terceiro, tornar a negociação coletiva um instrumento efetivo de governança e prevenção de crises, capacitando os atores sociais para tratar de temas complexos e adaptados à realidade de cada setor. Superar esse modelo obsoleto exige vontade política e maturidade das partes para que a autonomia coletiva traga mais eficiência, agilidade e menor custo do que a intervenção do Estado.

PALABRAS CLAVE: liberdade sindical, unicidade sindical, poder normativo, negociação coletiva, corporativismo

ABSTRACT: This article examines the historical roots and the current state of the collective labor relations system in Brazil, arguing that the country still drags the heritage of the corporatist model implemented in the 1930s by Getúlio Vargas. Despite the advances of the 1988 Constitution, pillars such as the trade union unity (*unicidade sindical*) and the normative power of the Labor Courts remained, hindering the consolidation of genuine freedom of association in line with ILO Convention 87. This structure has generated a fragmented trade unionism with low representativeness, where collective bargaining is weak and usually merely replicates rights already guaranteed by law. Furthermore, the interference of the Judiciary through collective disputes (*dissídios coletivos*) discourages good-faith dialogue and generates legal uncertainty.

To overcome these deficiencies, the author proposes three central challenges. First, to implement full freedom of association, eliminating the monopoly of union unity and adopting the principle of effective representativeness. Second, to curb state interference, extinguishing judicial normative power and encouraging private dispute resolution mechanisms such as mediation and arbitration. Third, to make collective bargaining an effective instrument of governance and crisis prevention, training social actors to deal with complex issues adapted to the reality of each sector. Overcoming this obsolete model requires political will and maturity from the parties so that collective autonomy can bring more efficiency, agility, and lower costs than state intervention.

KEYWORDS: freedom of association, trade union unity, normative power, collective bargaining, corporatism

1. Introdução¹

O objetivo deste texto é refletir sobre o sistema de relações coletivas, no Brasil, a partir de suas raízes históricas e institucionais, até os dias atuais.

Os reflexos do sistema corporativista, implantado na década de 1930, perduram até hoje, com impacto negativo na negociação coletiva e no modelo de solução de conflitos. Os sindicatos, criados à sombra do Estado e por ele sustentados em troca do apoio ao regime de então, não apostaram na negociação coletiva como seu papel principal. Ao contrário, muitos foram criados com intuito de apenas arrecadar contribuições sindicais, com pouco ou nenhuma contrapartida aos trabalhadores.

Em consequência, os sindicatos em geral, além de não terem efetiva representatividade, detêm o monopólio da representação legal dos trabalhadores de determinado ramo de atividade, em determinado espaço geográfico. Por sua vez, os trabalhadores não têm liberdade de escolher o sindicato de sua preferência, embora tenham obrigação de pagar contribuições sindicais.

Como será demonstrado, esse modelo sindical está ultrapassado e necessita de mudanças. O Brasil ainda não internalizou os princípios da liberdade sindical, apregoados pela Conv. 87, da OIT. O sistema de unicidade sindical e ausência generalizada de representatividade dos sindicatos justificaram, em grande parte, a intervenção muitas vezes indevida da Justiça do Trabalho nas negociações coletivas, tornando letra morta o reconhecimento constitucional dos acordos e convenções coletivas.

O artigo examina os traços históricos do modelo de relações coletivas no Brasil. Em seguida, aponta algumas características da negociação coletiva. E, antes das

¹ Tema da inauguração do Encontro do Getrab-USP no IAAEU Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union – Universidade de Trier (Alemanha), no seminário “Freedom and Autonomy of Trade Unions – Responsibility of Social Actors and Judicial Review.”

Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical

conclusões, apresenta uma pauta relativa aos principais desafios das relações coletivas.

Este texto serviu de abertura do Seminário ocorrido na Universidade de Trier (Alemanha), quando o IAAEU – Instituto de Direito do Trabalho e Relações Industriais na União Europeia, vinculado à Universidade, recebeu o grupo de pesquisa GETRAB-USP². O objetivo do Seminário foi entender como funciona a organização sindical, na Alemanha, em especial como o Tribunal Constitucional Federal interpreta o princípio da autonomia dos sindicatos, impedindo intervenção do Estado na negociação coletiva e, ao mesmo tempo, não admitindo afronta a direitos fundamentais.

2. Modelo de relações coletivas, no Brasil: traços históricos.

2.1. Período anterior à era Vargas

Foi tardio o processo de industrialização, no Brasil. Até o início do século XX, a economia era predominantemente agrária e exportadora; foi assentada no trabalho escravo, até 1888. O movimento operário, então incipiente, foi influenciado por imigrantes europeus, sobretudo italianos e espanhóis, portadores de ideais anarquistas e socialistas. Ocorreram greves significativas, entre 1917 e 1920. O Estado, contudo, respondia com repressão policial, tratando o conflito trabalhista como caso de polícia, não como questão jurídica ou social. A legislação trabalhista era incipiente e as relações coletivas não eram reguladas.

O marco inicial do sindicalismo remonta a 1903. O Decreto 979 facultava a organização de sindicatos rurais para defesa dos interesses dos trabalhadores rurais e das empresas agrícolas. Em 1907, o Decreto 1.637 passou a regular sindicatos profissionais e sociedades cooperativas, no meio urbano; sua organização era livre e sem interferência do Estado. Tratava-se, no entanto, de sindicalismo inexpressivo. Diversamente do que ocorreu na Europa, no Brasil a iniciativa partiu do Estado, não de reivindicação dos trabalhadores.

² GETRAB – USP é um grupo de pesquisa vinculado à Universidade São Paulo, que tenho a honra de coordenar.

2.2. O modelo corporativista implantado por Vargas

A Revolução de 1930 marca uma ruptura profunda. Getúlio Vargas, inspirado no modelo fascista italiano, particularmente na Carta del Lavoro de 1927, implanta um sistema corporativista de organização das relações de trabalho. Embora para muitos tenha conotação pejorativa, a expressão fascismo indica autoritarismo e aliança com o poder. (Magano)

Os pilares do modelo Vargas foram absorvidos pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, e alguns ainda estão vigentes.

Entre os principais traços do sistema corporativista, podem ser apontados os seguintes:

- (i) Unicidade sindical: proibição de mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica na mesma base territorial. O sindicato é único por imposição legal, não por escolha dos trabalhadores.
- (ii) Enquadramento sindical por categoria: a estrutura sindical é definida pelo Estado, que determina quais profissões formam uma "categoria" e, portanto, qual sindicato as representa — independentemente da vontade dos próprios trabalhadores.
- (iii) Contribuição sindical compulsória: todos os trabalhadores eram obrigados a contribuir financeiramente para o sindicato de sua categoria, filiados ou não. Essa contribuição, equivalente a um dia de salário por ano, garantia a sustentação financeira dos sindicatos, independentemente de representatividade. A reforma trabalhista de 2017 tornou a contribuição facultativa, mas o debate sobre seu restabelecimento persiste.
- (iv) Controle estatal das eleições e dos estatutos sindicais: o Estado exercia poder de intervenção e controle sobre os sindicatos, reconhecendo sua representação ou cassando seu registro.
- (v) Poder normativo da Justiça do Trabalho: na ausência de acordo entre as partes, os conflitos coletivos eram resolvidos não pela negociação, mas por decisão judicial, os chamados "dissídios coletivos". Por meio deles, a Justiça do Trabalho passou a ter a prerrogativa de criar normas para categorias

Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical

inteiras, substituindo a negociação coletiva. Apesar de tentativas, o poder normativo ainda não foi abolido.

Este modelo implantado por Vargas fazia do sindicato mera correia de transmissão entre o Estado e as classes produtoras, permitindo com isso controlar e reprimir conflitos, ao invés de transformar a entidade sindical em instrumento de representação autônoma dos trabalhadores e solução de conflitos.

2.3. Manutenção da estrutura sindical, apesar dos avanços democráticos

A redemocratização de 1985 e a Constituição Federal de 1988 trouxeram avanços relevantes. Citem-se a proibição da interferência ou intervenção do Estado na organização sindical, além do reconhecimento do direito de greve e da negociação coletiva como direitos fundamentais.

A Constituição estabeleceu, em seu artigo 8º, que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato". Contudo, a Constituição manteve a unicidade sindical e não suprimiu o poder normativo da Justiça do Trabalho.

O resultado dessa escolha é uma contradição estrutural: ao mesmo tempo em que a Constituição proclama autonomia sindical, perpetua os mecanismos corporativistas que a inviabilizam. O Brasil não ratificou a Convenção nº 87 da OIT, de 1948, e tampouco implantou os princípios sobre liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização livre.

A reforma trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467) tentou fortalecer a negociação coletiva, ao estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado, quando a matéria envolver direito disponível. No entanto, deixou de atacar a raiz do problema, pois a estrutura sindical corporativista foi mantida.

3. Negociação coletiva: algumas características

3.1. Sindicalismo fraco, negociação pífia

A unicidade sindical, paradoxalmente, não resultou em sindicatos fortes. Ao contrário, há numerosos sindicatos, além de fragmentados e pouco representativos. O Brasil

conta com mais de 17.000 sindicatos registrados — número desproporcional à sua força real. A fragmentação por categoria na maioria das vezes impede a constituição de estruturas sindicais sólidas, com capacidade técnica, financeira e política para negociar em condições de paridade com os empregadores.

A antiga contribuição sindical compulsória garantia arrecadação aos sindicatos, mesmo sem representatividade. Quando a contribuição passou a ser facultativa, com a reforma de 2017, muitos sindicatos entraram em colapso financeiro, revelando que sua existência dependia da imposição legal, não da adesão voluntária do associado. O resultado prático desse modelo é uma negociação coletiva numericamente abundante, onde milhares de convenções e acordos coletivos são firmados anualmente, mas longe de cumprir seu efetivo papel de instância negociadora. Os instrumentos coletivos em geral tendem a atualizar os salários e reproduzir direitos já assegurados pela CLT, raramente avançando sobre matérias de maior complexidade ou inovação.

3.2. Preferência pela lei e desconfiança na negociação

O sistema brasileiro imprimiu uma cultura heterônoma. Isso porque cabe ao Estado preferencialmente regular as relações de trabalho, com pouco espaço à negociação coletiva. Esse papel protetivo foi conferido à CLT, que detalha minuciosamente condições de trabalho, como jornada, repouso, férias, aviso prévio e remuneração, entre outras matérias, e o excesso de burocracia acaba por engessar as relações de trabalho, expulsar o trabalhador para a informalidade e gerar custos significativos.

Essa cultura tem raízes históricas. Durante décadas, os trabalhadores encontraram na lei proteção que os sindicatos, controlados ou fracos, não precisavam oferecer. A Justiça do Trabalho consolidou-se como espaço de proteção individual do trabalhador, e a jurisprudência criou um *corpus* normativo extenso que frequentemente limita, restringe ou anula cláusulas negociadas.

O princípio da norma mais favorável ao trabalhador, segundo o qual, em caso de conflito entre lei e norma coletiva, prevalece a condição mais benéfica ao trabalhador, foi historicamente interpretado de forma a bloquear eventuais flexibilizações negociadas, mesmo quando autorizada pelos próprios trabalhadores. A Reforma de

Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical

2017 tentou romper essa lógica, mas se defrontou com resistências não apenas no âmbito do judiciário, como do Ministério Público e centrais sindicais.

3.3. Interferência do Judiciário e insegurança jurídica

O poder normativo da Justiça do Trabalho é o elemento mais singular e com grande impacto negativo na negociação coletiva. Ao conferir ao poder judiciário competência para regular condições de trabalho, usurpa-se a competência do poder legislativo, quebrando assim a harmonia do sistema de divisão de poderes, própria de um estado democrático de direito. Previsto originalmente na Constituição de 1946 e mantido na de 1988 (art. 114, §2º), os Tribunais do Trabalho, ao julgarem dissídios coletivos de natureza econômica, têm competência para estabelecer condições de trabalho para categorias inteiras, criando normas de eficácia geral.

Trata-se de uma competência normativa genuína, não meramente interpretativa, atribuída ao Poder Judiciário, que passa a legislar sobre relações de trabalho, quando as partes não chegam a acordo. Neste caso, a sentença normativa substitui o acordo ou a convenção coletiva.

O efeito perverso desse modelo é duplo: de um lado, desincentiva a negociação; de outro, gera insegurança jurídica. Com efeito, sabendo as partes que podem recorrer ao Judiciário para obter condições favoráveis e sem custo, sobretudo os sindicatos de trabalhadores, fica reduzido o incentivo para negociar de boa-fé e encontrar soluções autônomas. O dissídio coletivo funciona como válvula de escape que esvazia a pressão necessária para que a negociação tenha êxito. Por outro lado, gera insegurança jurídica. Isso porque as decisões judiciais em dissídios coletivos variam significativamente entre tribunais regionais. Empresas e trabalhadores não sabem, ao final de um processo de negociação fracassado, quando e quais normas serão judicialmente impostas ou mesmo se o tribunal vai ou não anular negociações anteriores, o que pode gerar passivos trabalhistas enormes.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, criou, por décadas, súmulas e orientações jurisprudenciais que restringem matérias passíveis de negociação e invalidam cláusulas legitimamente negociadas entre sindicatos e entidades patronais.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 tentou restringir o poder normativo, exigindo o consentimento mútuo das partes para ajuizamento do dissídio coletivo. Na prática, porém, a jurisprudência flexibilizou esse requisito, mantendo a interferência da Justiça do Trabalho na negociação coletiva.

4. Relações coletivas e seus principais desafios

Entre os diversos desafios para aperfeiçoamento das relações coletivas, podem-se apontar ao menos três.

(i) Implantar a liberdade sindical

O desafio central e estruturante é a ratificação da Convenção nº 87 da OIT ou a implantação de seus princípios e a consequente reforma da estrutura sindical. Liberdade sindical significa, em sua dimensão positiva, o direito que trabalhadores e empregadores têm de constituir organizações gremiais de sua escolha e de a elas se filiarem, sem autorização prévia; e, em sua dimensão negativa, a proteção contra interferências do Estado e de outros sujeitos, inclusive da empresa.

A unicidade sindical é incompatível com a liberdade sindical plena. Sua superação apenas será possível por meio de Emenda Constitucional, motivo pelo qual a reforma de 2017, aprovada por meio de simples lei ordinária, não podia alterar o modelo implantado por Vargas, hoje ultrapassado e obsoleto.

Observa-se resistência para alterar o atual quadro e migrar para o novo sistema. Esta transição implicaria a possibilidade de mais de um sindicato representar os trabalhadores de uma mesma categoria ou setor, cabendo ao trabalhador livremente filiar-se ou não ao sindicato de sua escolha, e a empresa negociar com o sindicato mais representativo.

Além disso, haveria a substituição do atual sistema de enquadramento sindical por categoria pelo princípio da representatividade efetiva, verificada por filiação voluntária ou por eleição. Da mesma forma, caberia aos atores sociais resolver questões relativas ao financiamento das entidades sindicais.

Esse debate é antigo e tudo indica que não há vontade política para mudanças. Os próprios sindicatos majoritários, que se beneficiam do monopólio da representação, historicamente opõem resistência à reforma. O temor de fragmentação do

Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical

movimento sindical é legítimo, mas não pode ser o argumento definitivo para perpetuar um modelo de controle estatal incompatível com os padrões internacionais.

(ii) Frear a interferência do Estado na negociação

A autonomia coletiva pressupõe que as partes, não o Estado e tampouco o judiciário, têm capacidade para regular as condições de trabalho, como salário e jornada, entre outras questões, preservados os valores absolutamente indisponíveis.

Para tanto, há necessidade de extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho, de modo que o dissídio coletivo de natureza econômica seja substituído, progressivamente, por mecanismos privados de solução de conflitos coletivos de trabalho, como mediação e arbitragem coletiva, confiando-se às partes a responsabilidade pelo desfecho das negociações e, na medida do possível, da governança do quanto negociado, bem como da solução de eventuais conflitos daí decorrentes.

Além disso, a intervenção da Justiça do Trabalho seria admitida apenas quando cláusulas de convenções e acordos coletivos violarem normas de ordem pública ou direitos fundamentais indisponíveis. O reconhecimento constitucional dos acordos e convenções coletivas autoriza o poder judiciário interferir no conteúdo da negociação apenas quando determinada cláusula afronta direito fundamental. O negociado pelas partes deve ser respeitado como expressão legítima de sua autonomia, tal como reconhece a Constituição da República.

Aliás, esse princípio da intervenção mínima foi introduzido pela reforma de 2017, apesar de resistências e duras críticas. Há necessidade de alteração do atual modelo de relações de trabalho, por meio da simplificação progressiva da legislação trabalhista, com ampliação do espaço normativo reservado à negociação coletiva.

Não menos importante é o fortalecimento da boa-fé negocial. A lei deveria criar incentivos e estabelecer padrões para estimular as partes a negociar, mediante troca transparente de informações e propostas.

(iii) Tornar a negociação coletiva instrumento efetivo de prevenção e solução de conflitos

A negociação coletiva, nos sistemas mais avançados não é apenas instrumento para regular condições de trabalho. Corresponde a mecanismo central de governança das

relações de trabalho, de prevenção de conflitos e de adaptação das normas à realidade de cada setor ou empresa. Para que o Brasil alcance esse estágio, são necessárias transformações de natureza não apenas normativa, mas cultural e institucional.

Para tanto, impõe-se a capacitação das partes, de forma que sindicatos profissionais e patronais possam desenvolver as melhores técnicas para negociar matérias complexas, como reestruturação produtiva, novas formas de trabalho, saúde e segurança, formação profissional, entre outras. A negociação não pode limitar-se ao reajuste salarial anual, tampouco a replicar o que já está na lei.

Além disso, há necessidade de ampliação dos âmbitos de negociação. Na verdade, o Brasil se ressentia de uma arquitetura de negociação em múltiplos níveis, seja setorial, seja empresarial, com clara articulação entre eles. Observa-se grande resistência à negociação por empresa ou setor de empresa.

Por outro lado, a negociação coletiva se apresenta como instrumento de gestão de crises. Isso se observou por ocasião da pandemia de Covid-19, quando as partes, autorizadas e incentivadas, mostraram-se capazes de negociar soluções criativas para enfrentar os desafios daquela crise sanitária. Na oportunidade, foram celebradas importantes negociações com vistas a reduzir jornada com manutenção de emprego e mesmo suspensão de contratos com compensação governamental. Esse potencial poderia ser institucionalizado.

Por fim, há a questão da aproximação com modelos internacionais. Isso porque o diálogo com experiências consolidadas, como se observa no modelo alemão de cogestão, na negociação setorial escandinava ou no sistema francês de acordos de empresa, pode oferecer referências valiosas para construção de um modelo brasileiro mais robusto, respeitadas as especificidades históricas, culturais e institucionais do Brasil.

5. Conclusões

Como se pode observar, o modelo brasileiro de relações coletivas está em construção e se ressentia da implantação da genuína liberdade sindical. Suas fragilidades são estruturais e vêm de longa data. Superá-las exige vontade política,

Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical

reforma legislativa consistente e, sobretudo, maturidade das partes para assumir a responsabilidade que a autonomia coletiva implica — e que o Estado, por décadas, não lhes permitiu exercer plenamente.

A modernização dos sindicatos mediante ruptura com o modelo corporativista terá impacto positivo na qualidade da negociação coletiva, que tem potencial para prevenir e solucionar conflitos coletivos de trabalho com mais eficiência, menor custo e mais agilidade que o próprio Estado. Com isto, deixaria de ter o monopólio da solução dos conflitos, com redução do número de processos e mais tempo para resolver os conflitos remanescentes.

Cómo citar: Mannrich, N. (2026). Relações coletivas de trabalho no Brasil: um sistema em construção à margem da liberdade sindical. *Revista Jurídica del Trabajo*, 7(18), 245–256.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

DISPATCH

El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay

*The Decent Work in the Platform Economy Convention, 2026 (No. 193):
what the negotiations revealed and a perspective from Uruguay*

Fecha de envío: 05/07/2026

Federico Rosenbaum Carli

Universidad Católica del Uruguay

federico.rosenbaum@ucu.edu.uy

1. Las luces y sombras de la aprobación del Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas

Las ideas recogidas en este trabajo constituyen una primera reflexión, necesariamente provisional, sobre un instrumento que acaba de ser aprobado y cuya interpretación aún está en sus comienzos. Por ende, el propósito no es ofrecer respuestas definitivas sino contribuir a un debate que, en el ámbito académico y en el de la política legislativa, apenas empieza.

¿Qué consagró el Convenio núm. 193 de la OIT, qué resignó en el camino de la negociación tripartita, y qué implica su contenido para un ordenamiento jurídico —el uruguayo— que ya cuenta con regulación específica en la materia?

El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay

El análisis de los vaivenes entre el borrador preparado por la Oficina de la OIT y el texto finalmente aprobado revela algo más que diferencias de redacción; revela el mapa de fuerzas que operó sobre la negociación y permite anticipar las tensiones que la aplicación del Convenio generará. El examen de compatibilidad con la Ley N° 20.396 se inscribe en esa misma lógica, ya que no se trata de anticipar un proceso de ratificación que Uruguay todavía no ha iniciado, sino de identificar, con la mayor precisión posible, los puntos en los que el ordenamiento interno deberá ser repensado si ese proceso llegara a abrirse.

La adopción del Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193) (en adelante, C.193) en la 114.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 12 de junio de 2026, es un acontecimiento de suma importancia para el derecho internacional del trabajo.

Por primera vez, la comunidad internacional cuenta con un instrumento vinculante específicamente orientado a regular las condiciones de trabajo en un sector que, durante más de una década, ha desafiado las categorías tradicionales del derecho laboral.

Reconocer el valor histórico del hecho no es, sin embargo, razón suficiente para no someterlo a un análisis crítico. El texto finalmente aprobado dista de ser el que la Oficina de la OIT había propuesto, y las diferencias entre ambos iluminan con claridad las líneas de tensión de la negociación tripartita.

2. Las huellas del compromiso tripartito

El borrador elaborado por la OIT e incorporado al “informe azul” de marzo de 2026 era, en varios aspectos, un texto ambicioso. Contenía artículos entre corchetes —convención habitual para señalar disposiciones controvertidas—, pero el conjunto dibujaba un piso protector razonablemente nítido. La versión aprobada resolvió esas controversias casi invariablemente en la misma dirección, al adoptar estándares más flexibles y una mayor deferencia hacia la discrecionalidad estatal y empresarial.

El mecanismo más frecuente fue la reconversión del lenguaje obligacional. El borrador usaba fórmulas directas —“todo Miembro asegurará”, “todo Miembro exigirá”— que el texto final suavizó mediante la inserción sistemática de “adoptará medidas

apropiadas para asegurarse de que”. El cambio puede parecer técnico, pero en el derecho internacional del trabajo tiene consecuencias prácticas concretas, ya que cuanto más amplio es el margen conferido a los medios, más difícil resulta el control del cumplimiento por parte de los órganos de supervisión de la OIT.

Más reveladora aún es la modificación del preámbulo. Los considerandos de un Convenio no son meramente ornamentales, sino criterios de interpretación. El texto final incorporó dos considerandos que el borrador no contenía. Por un lado, reconoce el papel de las plataformas y las PyMEs, así como “la necesidad de fomentar un entorno propicio para las empresas sostenibles y la promoción de la competencia leal entre empresas”. Por otro lado, reconoce “las diferencias entre los Estados Miembros con respecto al desarrollo de la economía de plataformas, así como la diversidad de modelos empresariales y modalidades de trabajo”. Ambas incorporaciones introducen en la estructura interpretativa del Convenio un contrapeso explícito a las obligaciones protectoras, que podrá invocarse para justificar estándares nacionales menos exigentes.

Las alteraciones sustantivas más importantes se concentran en cuatro materias.

En primer lugar, la remuneración, en tanto el borrador exigía que los trabajadores dependientes “reciban una remuneración que sea adecuada” —fórmula cualitativa de suficiencia que iba más allá del mero piso legal—; mientras que el texto aprobado suprime “adecuada” y se limita al umbral del salario mínimo.

Más llamativa es la suerte que corrió la extensión de las garantías remuneratorias a los trabajadores independientes. El borrador disponía que todo Miembro “hará extensivas, en la medida de lo posible y según proceda” las garantías remuneratorias a los trabajadores no vinculados por relación de trabajo. El artículo 10.3 del C.193 dice, en cambio, que todo Miembro “considerará si” esas medidas “se aplicarán” a dichos trabajadores —limitando, además, esa consideración solo al piso del salario mínimo, con exclusión expresa de la compensación de gastos—. El desplazamiento de “hará extensivas” a “considerará si” es uno de los retrocesos más nítidos del texto final.

Sin embargo, no existe consenso sobre el alcance real del artículo 10.3. Algunos sostienen que el término “considerará si” impone una obligación genuina de conducta —una evaluación de buena fe que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) puede supervisar—, lo que separa a la

El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay
disposición del terreno de la mera declaración programática¹. Otros, por su parte, califican ese inciso como “un claro paso adelante”².

Estas lecturas no son inverosímiles y merecen atención. Lo que ninguna de ellas resuelve, en todo caso, es la dimensión más reciente del problema remuneratorio, como lo es la fijación algorítmica individualizada del salario. Algunas plataformas utilizan sistemas de inteligencia artificial que, a partir de datos sobre el comportamiento y la situación económica de cada prestador, determinan la tarifa mínima que ese trabajador aceptará individualmente —una práctica que, según datos documentados en los Estados Unidos, puede reducir los ingresos de los conductores hasta un 17% en el primer año de implementación—. Por ello, se sostiene que el artículo 11 del C.193 —que exige que las bases de cálculo de la remuneración sean “fácilmente comprensibles”— ofrece una base normativa para impugnar esa opacidad³, aunque el Convenio no la nombra expresamente.

En segundo lugar, los sistemas automatizados. El borrador contenía un artículo —entre corchetes, es cierto— que prohibía directamente a las plataformas utilizar sus sistemas algorítmicos de manera que vulneraran los principios y derechos fundamentales en el trabajo. El artículo 14 del C.193 transforma esa prohibición en una obligación estatal de “asegurarse de que los sistemas automatizados sean utilizados de manera responsable”, con referencia a las “obligaciones de los Estados Miembros”. El desplazamiento del sujeto obligado —de la plataforma al Estado— y la sustitución de “no vulnerar” por “uso responsable” diluyen la eficacia normativa del precepto.

En la misma línea, el derecho del trabajador a obtener explicaciones sobre decisiones automatizadas, que en el borrador cubría “las decisiones que afecten a sus condiciones de trabajo o a su acceso al trabajo”, quedó acotado en el texto final a “las decisiones significativas que afecten negativamente a sus modalidades de trabajo y a su acceso al trabajo”. La doble calificación —significativas y negativas—

¹ ILAW Network (2026). “A Purposive Interpretation of the Decent Work in the Platform Economy Convention (No. 193), 2026”, <https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2026/06/ILAW-Network-Purposive-Interpretation-of-ILO-C193-Final.pdf>.

² De Stefano, V. (2026). “Decent Work in the Platform Economy Convention, 2026: A Preliminary Analysis”, International Symposium on New Perspectives on Worker Subordination. 4, Osgoode Hall Law School, https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/worker_subordination/4.

³ ILAW Network (2026). op. cit.

reduce el universo de supuestos cubiertos y exige al trabajador acreditar, antes de activar el derecho, que la decisión tuvo ambas características.

En tercer lugar, la suspensión y cancelación de cuentas. El borrador prohibía esta medida cuando se fundara en “motivos discriminatorios o en otros motivos injustificados”. El artículo 17 del C.193 dice “motivos discriminatorios u otros motivos ilegales”. El cambio de “injustificados” a “ilegales” es sustancial, ya que lo injustificado abarca cualquier decisión arbitraria o carente de causa razonable; mientras que lo ilegal solo cubre lo expresamente prohibido por el ordenamiento, dejando un margen mucho mayor a las plataformas para desactivar cuentas sin que el trabajador pueda invocar la protección convencional.

Una lectura expansiva del término “ilegales” podría recuperar parte de ese alcance, tal como propone De Stefano, quien ha argumentado que el concepto abarca toda actuación contraria al estado de derecho en sentido amplio, incluida la toma de decisiones arbitrarias sin causa razonable⁴. Esa interpretación es posible, pero no fluye directamente del texto y dependerá, en última instancia, de los órganos de supervisión.

Por último, la regla de conflicto de leyes. El borrador establecía que las condiciones de empleo “se regirán por la legislación del país en que se realiza el trabajo” —la *lex loci laboris* como regla imperativa—. El artículo 19 del C.193 establece que se regirán “preferentemente por” esa legislación, “teniendo en cuenta las modalidades contractuales”. El adverbio abre la puerta a que las cláusulas de elección de ley impuestas por las plataformas en sus contratos continúen operando, práctica habitual precisamente en el colectivo más desprotegido del sector.

Nada de lo anterior debería llevar a descartar el Convenio. Sus disposiciones sobre el ámbito de aplicación —cobertura de todos los trabajadores de plataformas con independencia de su clasificación en el empleo— son de largo alcance. El régimen de información sobre sistemas automatizados mantiene una sólida obligación de transparencia precontractual. La protección de datos personales incorpora los derechos de acceso, rectificación y supresión, que estaban ausentes en el borrador. Y la prohibición de la terminación discriminatoria del vínculo, aunque más estrecha

⁴ De Stefano, V. (2026). op. cit.

El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay que en el proyecto inicial, es universalmente exigible. El C.193 es un punto de partida; el problema es que muchos aspiraban a que fuera algo más.

3. Uruguay: compatibilidad y brechas de la normativa nacional

La Ley N.º 20.396, publicada en febrero de 2025, y su decreto reglamentario N.º 145/025, de julio del mismo año, conforman un bloque normativo que, en el contexto regional, se ubica entre los más completos. Si Uruguay ratificara el Convenio en el corto plazo —hipótesis plausible, dado el rol activo del país en la OIT y su tradición ratificadora—, ¿cuál sería el balance de compatibilidad?

3.1. Compatibilidades

En los aspectos nucleares, la Ley 20.396 satisface y, en varios puntos, supera las exigencias del C.193. La transparencia algorítmica es el ejemplo más claro, dado que los artículos 4 a 7 de la ley regulan con un nivel de detalle que excede al del propio Convenio la obligación de informar sobre sistemas automatizados de seguimiento y toma de decisiones —incluyendo los principales parámetros de los algoritmos y su importancia relativa en la toma de decisiones—, y el derecho del trabajador a obtener explicación motivada sobre las decisiones que lo afecten, con un plazo de 48 horas para la respuesta escrita. El artículo 8, que consagra la portabilidad de los datos y la intangibilidad de la reputación digital como capital propio del trabajador, tampoco tiene equivalente en el C.193. En cuanto a la negociación colectiva, el artículo 19 de la ley reconoce el derecho de los trabajadores autónomos a ejercer la libertad sindical y a negociar colectivamente con la empresa titular de la plataforma, disposición que no solo satisface el artículo 3 del Convenio, sino que lo supera en términos de concreción.

En materia de clasificación, el decreto reglamentario (art. 2) establece que la determinación del vínculo se realizará “teniendo en cuenta los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador”, con referencia expresa a los indicios establecidos en la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm.

198) (en adelante, R.198). Es una solución plenamente compatible con el artículo 9 del C.193.

Cabe apuntar, además, que parte de la doctrina especializada ha sostenido que la obligación de “asegurar” la correcta clasificación que impone ese artículo podría exigir, en contextos de mala clasificación sistemática, mecanismos que operen de manera equivalente a una presunción de laboralidad⁵. Esa lectura no está clausurada por el texto; y en el caso uruguayo, abona la conveniencia de incorporar una presunción expresa que la Ley 20.396 hoy no contiene.

Por otro lado, el hecho de que el C.193 garantice derechos mínimos a todos los trabajadores de plataformas con independencia de su clasificación en el empleo, no equivale a validar como correcta ninguna clasificación en particular.

En efecto, el artículo 9 exige precisamente lo contrario: que la clasificación sea correcta y se base principalmente en los hechos relativos a la ejecución del trabajo. El Convenio no consagra una “tercera categoría” intermedia ni cierra la puerta a que un trabajador formalmente clasificado como autónomo sea reclasificado como dependiente si los hechos así lo indican.

Leer el instrumento como un respaldo al estatus actual de los trabajadores de plataformas implica extraer una conclusión que el texto no autoriza. En este sentido, el C.193 resulta plenamente armónico con la R.198, cuyo catálogo de indicios para determinar la existencia de un vínculo laboral sigue siendo un instrumento interpretativo de primer orden. El decreto reglamentario 145/025 lo reconoce expresamente al remitir a dichos indicios para la determinación del vínculo en el contexto de las plataformas digitales. Que el Convenio no mencione la R.198 no es un dato que debilite su aplicación, ya que la metodología de la primacía de la realidad que el artículo 9 del C.193 consagra es exactamente la que la R.198 desarrolla, y ambos instrumentos operan en planos diferentes pero convergentes del ordenamiento internacional del trabajo.

Los mecanismos de cobertura por accidentes del trabajo para trabajadores autónomos (art. 17, que modifica la Ley N.º 16.074) y la opción por el monotributo con acceso a prestaciones de seguridad social (art. 18) guardan coherencia con el artículo 12 del Convenio.

⁵ ILAW Network (2026). op. cit.; De Stefano, V. (2026). op. cit.

El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay

3.2. Brechas e incompatibilidades

Sin embargo, existen algunas brechas e incompatibilidades que una eventual ratificación obligaría a atender.

1) La primera, y más relevante, es el ámbito de aplicación. La Ley 20.396 cubre exclusivamente las plataformas que facilitan la entrega de bienes y transporte urbano oneroso de pasajeros ejecutados en territorio nacional. El C.193, en cambio, se aplica a todas las plataformas digitales de trabajo, abarcando también el trabajo en línea —microtrabajos digitales, asistencia virtual, traducción, moderación de contenidos, y un largo etcétera—. Si Uruguay ratifica el Convenio sin modificar la ley, quedaría ante la alternativa de utilizar la cláusula de exclusión del artículo 2.2 del C.193 para las categorías de trabajadores de plataformas de trabajo en línea —con la obligación de justificar en sus memorias ante el Consejo de Administración y el compromiso de una extensión progresiva—, o de ampliar directamente el ámbito de aplicación de la normativa interna. La segunda opción sería la más coherente con los estándares del Convenio y con la realidad de un mercado laboral en el que el trabajo en línea crece más rápido que las plataformas de localización.

2) La segunda brecha es la ausencia de una norma equivalente al artículo 17 del C.193, que prohíbe la suspensión o cancelación de cuentas fundada en motivos discriminatorios u otros motivos ilegales. La Ley 20.396 no contiene una disposición de ese tenor específicamente referida a las plataformas digitales. Las normas generales antidiscriminatorias del ordenamiento uruguayo son aplicables, pero su proyección sobre este fenómeno particular no está expresamente prevista en la ley sectorial, lo que genera un vacío que una ratificación del Convenio obligaría a colmar.

3) Existe una tercera brecha que, a diferencia de las anteriores, no deriva de las exigencias formales del Convenio sino de la eficacia práctica de la ley vigente. La experiencia acumulada desde la entrada en vigor de la Ley 20.396 muestra que las plataformas no han cumplido con varios de los derechos que la norma consagra.

La transparencia algorítmica —probablemente el avance más relevante del bloque normativo— ha permanecido, en los hechos, como letra muerta, dado que las obligaciones de informar sobre los parámetros de los algoritmos, de fundamentar las

decisiones automatizadas y de responder en plazo a los reclamos de los trabajadores han sido incumplidas sin consecuencias efectivas.

Un piso de derechos que no se aplica no es un piso. Esta constatación obliga a pensar no solo en ampliar el ámbito de aplicación de la ley, sino también en dotarla de instrumentos que garanticen su eficacia material. En ese sentido, entiendo que dos reformas son prioritarias en esa dirección.

La primera es la incorporación de una presunción de laboralidad para los trabajadores de plataformas. Si el punto de partida de la relación jurídica es la dependencia y no la autonomía, el desequilibrio probatorio que hoy favorece a las plataformas se invierte, y el trabajador deja de ser quien debe acreditar lo que los hechos ya demuestran.

La segunda es la atribución expresa a la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social de facultades para calificar el vínculo jurídico y, cuando los indicios de la R.198 así lo justifiquen, proceder de oficio al alta en la seguridad social como trabajadores dependientes —tal como lo hace la Inspección de Trabajo española—. Ambas reformas son compatibles con el C.193 y exceden sus estándares mínimos en una dirección permitida por el propio Convenio. El déficit de protección de los trabajadores de plataformas no es, en última instancia, un problema de falta de normas, sino de normas sin dientes.

4) Al balance de compatibilidad debe agregarse una cuarta brecha relacionada con el artículo 13 de la ley, que establece que la adopción de las condiciones previstas “no constituirá indicios de laboralidad ni de autonomía ni afectarán por sí solas la naturaleza jurídica del vínculo”. La intención fue impedir que la consagración de los derechos mínimos inclinara la balanza clasificatoria en ninguna dirección. Pero esta solución parece entrar en tensión con el artículo 9 del C.193, que exige clasificar basándose “principalmente en los hechos relativos a la ejecución del trabajo”, con una lista abierta de elementos. La propia Ley N° 20.396 obliga a las plataformas a revelar sus algoritmos y a justificar sus decisiones automatizadas —información que puede revelar el grado efectivo de control y subordinación sobre el prestador—; pero neutralizarla como indicio de clasificación equivale a imponer transparencia sin consecuencias. La ratificación del C.193 obligaría a derogar la solución del artículo 13

El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay de la ley, de modo que los hechos revelados por la transparencia algorítmica puedan valorarse en el examen de la naturaleza del vínculo.

5) Una quinta observación concierne a la articulación entre el artículo 8 de la ley y el artículo 16 del C.193, leído a la luz de la Ley N° 18.331. El artículo 8 garantiza acceso a todos los datos colectados durante el vínculo y hasta un año después de su finalización, consagrando la reputación digital como “capital privado y portable” del trabajador, pero sin reconocer los derechos de rectificación ni de supresión que el artículo 16 del C.193 impone. Por su parte, la ley de protección de datos personales los contempla, pero el derecho de supresión está condicionado a error, falsedad o contravención legal —no es un derecho general de cancelación—, lo que puede resultar insuficiente cuando el trabajador impugna la metodología de una valoración algorítmica técnicamente exacta. A esto se suma una tensión específica respecto al plazo de acceso. El artículo 14 de la Ley N° 18.331 consagra un derecho de acceso permanente a los datos personales mientras estos sean conservados por el responsable del tratamiento, sin límite temporal; el artículo 8 de la Ley N° 20.396, podría interpretarse como una restricción de ese derecho general para los trabajadores de plataformas, lo que implicaría una regresión respecto de la protección general. Pero el dilema inverso es igualmente revelador, ya que el principio de finalidad del artículo 8 de la Ley N° 18.331 obliga a suprimir los datos cuando ya no sean necesarios para los fines que motivaron su recabación, de modo que si la plataforma los elimina al cesar el vínculo —como esa norma podría exigir—, la reputación digital “portable” desaparece precisamente cuando el trabajador más la necesita para migrar a otra plataforma. Ninguna de estas tensiones tiene respuesta clara en el ordenamiento vigente; y la ratificación del C.193 obligaría a resolverlas.

4. Reflexiones finales

En síntesis, Uruguay podría ratificar el C.193 mediante una adecuación normativa que, aunque no radical, tampoco sería puramente formal. La Ley 20.396 ofrece una base sólida, ya que, en sus líneas centrales, es compatible con el Convenio y, en varios aspectos, lo supera.

Pero la ratificación exigiría al menos tres intervenciones.

La primera y más urgente es extender la cobertura a las plataformas de trabajo en línea, hoy excluidas de la ley; una omisión que, con independencia de cualquier obligación convencional, constituye un imperativo de política legislativa, porque ese segmento concentra la mayor vulnerabilidad regulatoria y el crecimiento más acelerado.

La segunda es revisar las disposiciones que presentan problemas de compatibilidad interna: 1) el artículo 13, cuya cláusula de neutralización puede colisionar con la metodología abierta de clasificación que el artículo 9 del C.193 impone; 2) y el artículo 8, que no reconoce expresamente los derechos de rectificación y supresión de datos que el artículo 16 del Convenio exige, y cuyo régimen de portabilidad genera tensiones no resueltas con el principio de finalidad de la Ley N.º 18.331.

La tercera —y acaso la más relevante desde el punto de vista de la eficacia real— consiste en abordar el incumplimiento sistemático de las obligaciones vigentes. Sin una presunción de laboralidad y sin facultades inspectivas expresas para calificar el vínculo, la brecha entre el texto de la ley y la experiencia cotidiana de los trabajadores seguirá siendo la norma, no la excepción.

Referencias electrónicas

ILAW NETWORK (2026). “A Purposive Interpretation of the Decent Work in the Platform Economy Convention (No. 193), 2026”. Disponible en: <https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2026/06/ILAW-Network-Purposive-Interpretation-of-ILO-C193-Final.pdf>.

DE STEFANO, V. (2026). “Decent Work in the Platform Economy Convention, 2026: A Preliminary Analysis”, International Symposium on New Perspectives on Worker Subordination. 4, Osgoode Hall Law School. Disponible en: https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/worker_subordination/4.

Federico Rosenbaum Carli

El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay

Cómo citar: Rosenbaum Carli, F. (2026). El Convenio sobre el trabajo decente en la economía de plataformas, 2026 (núm. 193): lo que la negociación reveló y una mirada desde Uruguay. *Revista Jurídica del Trabajo*, 7(18), 257–268.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

DEBATE

Las recientes observaciones de la OIT a la ley de negociación colectiva de Uruguay

Recent ILO observations on Uruguay's collective bargaining law

Fecha de envío: 10/06/2026 – Fecha de aceptación: 16/07/2026

Jorge Rosenbaum Rimolo

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social

jrosen@adinet.com.uy

RESUMEN: Se aborda el reingreso de Uruguay en 2026 a la "lista corta" de la OIT por incumplimiento del Convenio 98, producto de una controversia de más de diecisiete años sobre el contenido de la Ley 18.566. Aunque una norma posterior, la Ley 20.145 de 2023, subsanó varios cuestionamientos empresariales —como la ultraactividad y la no injerencia en los niveles de negociación—, subsiste el reclamo empresarial por la intromisión estatal en los Consejos de Salarios, al intervenir en ajustes salariales generales y regulación de condiciones de trabajo. Mientras las cámaras empresariales exigen limitar el tripartismo a salarios mínimos para resguardar la autonomía bipartita libre y voluntaria de la negociación, el movimiento sindical (PIT-CNT) defiende el modelo tripartito como pilar fundamental de equilibrio social. Actualmente, el Poder Ejecutivo busca resolver esta situación de estancamiento mediante el diálogo social, la asistencia técnica de la OIT y los informes de avances que debe producir en septiembre de 2026, intentando adecuar la normativa, pero sin dismantelar la histórica matriz de protección social uruguaya.

PALABRAS CLAVE: negociación colectiva, Consejos de Salarios, Organización Internacional del Trabajo, Convenio 98, lista corta ("lista negra")

ABSTRACT: The document addresses Uruguay's re-entry in 2026 to the ILO's "short list" for non-compliance with Convention 98, as a result of a controversy of more than seventeen years over the content of Law 18.566. Although a subsequent regulation, Law 20.145 of 2023, corrected several business issues – such as ultra-activity and non-interference in bargaining levels – the business claim for state interference in the Wage Councils, by intervening in general salary adjustments and regulation of working conditions, remains. While the business chambers demand limiting tripartism to minimum wages to safeguard the free and voluntary bipartite autonomy of negotiation, the trade union movement (PIT-CNT) defends the tripartite model as a fundamental pillar of social balance. Currently, the Executive Branch seeks to resolve this situation of stagnation through social dialogue, technical assistance from the ILO and progress reports that must be produced in September 2026, trying to adapt the regulations, but without dismantling the historic Uruguayan social protection matrix.

KEYWORDS: collective bargaining, Wage Councils, International Labour Organization, Convention 98, shortlist ("blacklist")

1. Introducción y contexto histórico

El modelo uruguayo de relaciones colectivas del trabajo, y en particular del sistema predominante en la negociación colectiva como instituto medular de la libertad sindical, está asociado a una innegable tradición y práctica del tripartismo.¹ Al menos

¹ Informe RELASUR: "Formas de Tripartismo en Uruguay", Ministerio de Trabajo de España y OIT, Montevideo, FCU, 1995. Ermida Uriarte, Oscar, "El protagonismo de los consejos de salarios en el sistema laboral uruguayo", rev. Derecho laboral N° 229, Montevideo, enero-marzo 2008; "Diálogo Social: Teoría y Práctica", Revista de Relaciones Laborales N.º 3, Montevideo, diciembre, 2003. Barbagelata, Héctor Hugo, "Los actores de las relaciones laborales", El particularismo del Derecho del Trabajo, FCU, 1a Edición, Montevideo, 1995. Raso Delgue, Juan y Rosenbaum Rimolo, Jorge, "El Centenario de la OIT y

ello ocurre en el sector privado desde mediados del siglo XIX, ya que –como hemos tenido ocasión de señalarlo– las modalidades de negociación colectiva actúan transversalmente, en un marco en el que los Consejos de Salarios han echado raíces muy fuertes para el funcionamiento del sistema social y laboral desde su implementación por la Ley 10.449 de 12 de noviembre de 1943.²

De allí que para comprender por qué en torno a estos órganos tripartitos se generan posiciones e intereses encontrados como los que saltan a la vista en los últimos años, sea necesario recordar y observar su historia. No se trata de una innovación reciente su creación ni su funcionamiento; por el contrario, tienen más de ocho décadas de vida y forman parte de la identidad de aquel modelo de interacción colectiva que venimos de referir como característica de nuestro país.

Originariamente, nacieron como uno de los métodos de fijación de salarios para dar cumplimiento a los Convenios Internacionales de la OIT Nos. 26, 99 y 131 (sobre salarios mínimos), normas tempranamente ratificadas por Uruguay.³ Y a partir de su implementación y desenvolvimiento a fines de los años cuarenta, se arraigaron en el sistema laboral nacional a lo largo de tan largo tiempo, claro está que alternando entre períodos de funcionamiento activo, otros de discontinuidad y luego de su reinstauración.⁴

la legislación laboral uruguaya”, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, febrero 2020. Barreto Ghione, Hugo, “El intervencionismo en la negociación colectiva en Perú y Uruguay. Dimensiones y usos del Derecho”, Laborem, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo N° 11, Lima, 2011.

² Rosenbaum Rimolo, Jorge, “Los Consejos de Salarios: una virtuosa experiencia de interacción tripartita en Uruguay”, Estudios en Homenaje al Prof. Alfredo Villavicencio, Ed. Palestra y PUCP, Lima, julio 2024.

³ Plá Rodríguez, Américo, El salario en el Uruguay: su régimen jurídico, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1956. Rodríguez Azcúe, Álvaro, “Los métodos de fijación del salario en el Uruguay y los particularismos del Derecho del Trabajo”, Revista de la Facultad de Derecho N° 31, Montevideo, julio-diciembre 2011.

⁴ Una primera conculcación ocurrió en 1968, cuando para enfrentar la crisis económica e hiperinflación, se congelaron por ley los precios y salarios. Este contexto se prolongó durante los 14 años del gobierno de facto, donde la actividad sindical estuvo vedada, siendo recién en 1985, con el retorno de la democracia, que se les reestableció y cobraron un papel muy activo en el proceso de salida de la dictadura. Pero su funcionamiento volvería a truncarse con el retiro del Estado a partir de comienzos de la década de los noventa, signada por el predominio de las ideas neo liberales en la economía mundial. Con la llegada del primer gobierno del partido de izquierda, el Frente Amplio, se reestablecerían a comienzos de 2005, perdurando su actividad hasta el presente.

Aún en este contexto de sucesión periódica irregular de estos órganos, ello no constituyó un obstáculo para que se convirtieran en el factor principal de sustentación del modelo de relaciones laborales que conocemos. Es necesario subrayar que los Consejos tripartitos han sido y siguen siendo la variable estructuradora del derecho colectivo uruguayo, en su fuente temporal de origen. Un modelo caracterizado fundamentalmente por cinco improntas centrales: tratarse de un sistema altamente centralizado, con una fuerte presencia o activismo estatal, haber promovido grados elevados de sindicalización, al igual que una alta dimensión de cobertura de la población económicamente activa por la negociación colectiva y una desregulación palmaria, al menos originariamente.

En efecto; la ley de 1943 promovió un sistema concentrado para negociar en los niveles de ramas o grupos de actividad, generando una vertebración que al menos provocó dos importantes consecuencias.

En primer lugar, hizo surgir un movimiento sindical organizado por rama de actividad, con predominancia de las Federaciones y Asociaciones de un sindicalismo representativo de los sectores económicos o industriales (p. ej., la metalurgia, la construcción, el comercio, la salud, etc.), y, como corolario, cobrando una menor relevancia las organizaciones de base, es decir, de organizaciones constituidas por empresa.⁵ La elección de delegados por voto secreto en las distintas ramas, llevó a que aquellas organizaciones sindicales obtuvieran la representación de los trabajadores, y ello fue un factor que impulsó la afiliación individual directa a las organizaciones de segundo nivel, al tiempo de propiciar una conformación complementaria de sindicatos en el primer nivel (de base o empresa), vertebrados por su afiliación a las gremiales de rama.

Asimismo, la acción del movimiento sindical –principalmente en los ámbitos tripartitos (en los que se negocian salarios)– ha llevado a que la tasa de afiliación

⁵ Porrini, Rodolfo, La historia de la clase obrera y los sindicatos en el siglo XX, Trabajo & Utopía, Montevideo, 2006 y Portal de SUTEL, 2015. Rodríguez, Juan Manuel, “El papel de los Consejos de Salarios en la historia del movimiento sindical”, ClaeH, Montevideo, 1991. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, “Consejos de Salarios en Uruguay: historia, desarrollo y fortalecimiento del diálogo tripartito”, en <https://www.youtube.com/watch?v=r6rXMJyVRL4&t=2s>.

individual sea alta, al menos en términos comparativos con la de otros países de la región.⁶

Un fenómeno similar ocurrió con las organizaciones de empleadores, que por efecto espejo, debieron nuclearse en Cámaras o Asociaciones también de nivel sectorial, pasando a asumir, además de la defensa de sus intereses económicos y comerciales frente al Estado, el manejo y desenvolvimiento de las relaciones colectivas de trabajo en cada actividad.

Como referencia ilustrativa, ha de observarse que los delegados de los actores sociales que integran como miembros sectoriales cada uno de los Consejos de Salarios, son la mayor parte de las veces, directivos, representantes o asesores de las organizaciones de rama, tanto sindicales como empresariales.

En segundo término, la negociación promovida por los Consejos de Salarios, cuyo cometido original se dirige a determinar categorías profesionales (agrupando a los trabajadores en función de sus tareas y responsabilidades) y fijar salarios mínimos por cada categoría, se desenvuelve principalmente en los niveles sectoriales, ya que los Consejos son ámbitos tripartitos de negociación que tienen jurisdicción y competencia en cada rama o sector de actividad. Es así que se crean los distintos Grupos para la Industria Frigorífica, la Pesca, la Industria Textil, el Comercio Minorista de la Alimentación, la Intermediación Financiera, la Enseñanza, etc.).⁷

Por otra parte, según los datos estadísticos disponibles por la OIT, el porcentaje de trabajadores asalariados cuyos salarios y condiciones de empleo están regulados por

⁶ Uruguay no cuenta con datos estadísticos oficiales en materia de tasa de sindicalización de trabajadores. Los niveles promediales serían superiores al 40% (especialmente en la década de los ochenta), alcanzando aproximadamente un 35% de afiliados en 2020 (datos que pueden extraerse de distintas fuentes, como –a vía de ejemplo– el trabajo de grado de Gustavo Raveca (Facultad de Psicología de la UDELAR): “Tasas de afiliación sindical en el Uruguay: proceso histórico y desafíos en la tercera década del siglo XXI”, que puede consultarse en la página web: https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/51799/1/tasas_de_afiliacion_sindical_en_el_uruguay_proceso_historico_y_desafios_en_la_tercera_decada_del_siglo_xxi.pdf. También del artículo de Álvaro Padrón y Achim Wachendorfer, “Uruguay: caminos hacia la construcción de poder sindical”, publicado en 2017 por Nueva Sociedad, y cuyos porcentajes se toman del estudio de Alberto Amorín y Delfi Galbiati: «Aporte central al XII Congreso» del PIT CNT.

⁷ El número de Grupos ha variado sustancialmente a lo largo del tiempo; fueron 54 en los años 50, reduciéndose a 48 a partir de 1985, pasando a ser 20 grupos en 2005, para consolidarse en 24 Consejos de Salarios en la actualidad (al ingresar las actividades rurales y el servicio doméstico que, en la ley de origen, no estaban comprendidos por el sistema)

convenios colectivos o laudos, alcanza en Uruguay un nivel del 94,7%, lo que es singularmente destacable.⁸

Complementariamente, observamos que se trató de un modelo de interrelaciones colectivas prácticamente desregulado, apenas sustentado en pocos artículos de la Constitución (art. 57 y art. 65, como normas principales), que ni siquiera hacen referencia expresa a los convenios colectivos, interpretándose por la doctrina predominante que, por constituir éstos un componente fundamental de la libertad sindical, tácitamente la negociación colectiva resulta concernida por la Carta.⁹ Se agrega, además, el conjunto de Convenios Internacionales de la OIT ratificados tempranamente por el país y que conforman el basamento del derecho colectivo del trabajo (entre las normas centrales destacan los CIT 87, 98, 151 y 154), así como la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998.¹⁰ De allí que los operadores y la doctrina, hayan centrado una estructura conformada por reglas generalmente aceptadas y observadas en los hechos, cuya fundamentación ha sido precisamente la interpretación dada a aquellas normas de nivel superior por la OIT y sus órganos especializados. Eso ha sido de esta manera, al menos, hasta que es posible vislumbrar un quiebre de la predominancia de la desregulación pre existente. Uno de los hitos de esta mutación ocurrió principalmente con la legislación generada entre 2005 y 2019 (impulsada por los gobiernos del Frente Amplio) y de posteriores normas y reglamentaciones (incorporadas por el gobierno de coalición de otros partidos gobernantes entre 2020 y 2025), que –en nuestra opinión– matizaron la matriz históricamente desregulada de las relaciones colectivas en el país.

⁸ En términos comparados, existe una cierta simetría con países desarrollados, como Austria y Francia (con 98%); Bélgica (con 96%); Islandia (con 90%); Finlandia (con 89,2); Dinamarca (con 80,3); España (con 80,1%). En la región, se nota una mayor distancia respecto de Brasil (con 64,8%); Argentina (con 49,4%); Chile (con 21%); Colombia con 15,7%). Fuente consultada: <https://ilostat ilo.org/es/topics/industrial-relations/> (Tabla de tasas de cobertura).

⁹ Así, p. ej., Sarthou entiende que la negociación colectiva no es un simple acuerdo entre partes, sino una manifestación vital de la libertad sindical y de la autonomía colectiva. Por lo tanto, su reconocimiento y protección derivan directamente de la norma constitucional que ampara a los sindicatos gremiales y a sus mecanismos de acción.

¹⁰ Aludimos que prácticamente el sistema ha convivido con una ausencia de normas en la legislación interna uruguaya que refieran a las organizaciones sindicales, la negociación de convenios colectivos y los conflictos colectivos de trabajo, a diferencia de otros países (a vía de ejemplo, la Ley Orgánica de libertad sindical en España; la Ley sobre sindicatos y relaciones laborales en Gran Bretaña; los Códigos del Trabajo de varios países latinoamericanos).

Entre esas regulaciones normativas, quizás una de las más significativas ha sido la Ley Nº18.566 (sancionada en el año 2009).¹¹ Se trató de un proyecto que se transformó en ley en el Parlamento de la época, y cuyo objetivo era otorgar un marco jurídico para legitimar y perfeccionar un sistema nacional de negociación colectiva que venía del pasado y requería mayores grados de seguridad respecto de algunos aspectos negociales¹², así como una actualización y modernización necesarias.¹³

2. Origen de la Queja y argumentos de contexto de los empresarios¹⁴

¹¹ Zapirain, Héctor. “De la abstención a la regulación heterónoma. Apuntes sobre la sobre la ley de negociación colectiva en el sector privado. rev. Derecho laboral N° 235, Montevideo, julio-setiembre 2009.

¹² Desde 1987, como consecuencia del Informe producido por una misión de tres expertos designados por la OIT (publicación conocida como el Libro Verde, y rotulada “Relaciones de trabajo en el Uruguay”, Serie Relaciones de Trabajo N° 66, ed. FCU), se propiciaron varios intentos de regulación de la negociación colectiva, a través de mesas de diálogo social tripartito. Las primeras dos se frustraron, como ocurriera en el encuentro del Parque Hotel en 1988 –siendo que los delegados empresariales manifestaron carecer de poderes para avalar una iniciativa que fuera discutida a través de un documento borrador en esa ocasión–, y posteriormente en un evento a desarrollarse en la sede de Presidencia –que no se concretó a último momento debido a que, con motivo de un conflicto sindical particular, la central PIT CNT anunció a último momento que no participaría. Sin perjuicio de reuniones oficiosas llevadas adelante por Ministros del Trabajo, en el ámbito del programa RELASUR (de la OIT y el gobierno de España para los países del Cono Sur), se llevó a cabo un Seminario Nacional Tripartito sobre “Marco Institucional para la Negociación Colectiva” en Uruguay, los días 25 y 26 de mayo de 1994. En esta reunión se discutió el informe, se efectuaron críticas y aportes por cada uno de los sectores sociales y se suscribió un acta contentiva de una suerte de documento base recogiendo los principales puntos e intercambios (véase Revista RELASUR. Estudios e Investigaciones, N° 4, 1994).

¹³ Rosenbaum Rimolo, Jorge, “El sistema uruguayo de negociación colectiva”, rev. Derecho Laboral N° 234, Montevideo, abril-junio 2009. “El sistema de negociación colectiva vigente en Uruguay”, Manual de Derecho del Trabajo para trabajadores, T. II, Ediciones Universitarias, Montevideo, 2020.

¹⁴ Una amplia bibliografía ha analizado los aspectos vinculados con el procedimiento de queja que se analiza en el presente trabajo; con un propósito indicativo, señalamos seguidamente algunos de los estudios de referencia. Barbagelata, Héctor-Hugo, “A propósito de un reciente informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT”, rev. Derecho Laboral N° 238, vol. 53, Montevideo, abril-junio 2010; Barretto Ghione, Hugo, “Las observaciones de la OIT sobre el modelo de negociación colectiva: tensiones, inconsistencias y márgenes del cambio”, 30º. Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Canelones, FCU, 2019; Babace, Héctor, “A diez años de las leyes sobre la negociación colectiva en Uruguay: ¿Un modelo que habrá de cambiar?”, 30º. Jornada, cit., Giuzio, Graciela, “Perspectivas y desafíos de la negociación colectiva en el Uruguay 2021”, Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral N° 3, año 3, Universidad Blas Pascal, Argentina, 2021; Ameglio, Eduardo, “A diez años de las leyes sobre la negociación colectiva en Uruguay: ¿un modelo que habrá de cambiar?”, rev. Derecho Laboral N° 263, Montevideo, enero-marzo 2020; Ermida Uriarte, Oscar, “Crítica al informe del Comité de Libertad Sindical sobre la negociación colectiva en Uruguay”, rev.

Es en este contexto que se ubica el accionamiento de las principales organizaciones representativas de los empleadores, interponiéndose formalmente un procedimiento de Queja ante la OIT.

Tengamos presente que una Queja ante la OIT es uno de los dos mecanismos de control que reconoce la Constitución de 1919, junto a la reclamación. Específicamente, a través de la queja, un país miembro, delegados de la Conferencia Internacional del Trabajo o el Consejo de Administración, pueden denunciar que otro Estado no está cumpliendo con un Convenio Internacional que ha ratificado previamente.¹⁵

En el caso concreto, las partes denunciantes son la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay y la Cámara de Industrias del Uruguay, actuando secundadas por la Organización Internacional de Empleadores (OIE). El detonante fue, precisamente, aquel proyecto de ley que crea un sistema de negociación colectiva para el sector privado y que el Ministerio de Trabajo del partido progresista de izquierda remitió al Parlamento en el 2009. Recordemos que el proceso fue precedido por cuatro años de diálogo en el ámbito tripartito que reunía a las Cámaras empresariales (14 en aquel momento), el PIT CNT (central única del movimiento sindical) y el Gobierno. Un espacio de diálogo en el que se discutió sobre los aspectos formales y sustanciales de la negociación colectiva y los Consejos de Salarios, se efectuaron intercambios de opiniones, muchas veces con claras visiones encontradas, y se formularon propuestas alternativas de acercamiento para alcanzar algún tipo de acuerdo básico, pero que finalmente no dieron resultado. De allí que el gobierno resolviera enviar una iniciativa legislativa de su autoría (actuando unilateralmente).

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que la queja es anterior a la aprobación del proyecto en el Parlamento, iniciativa que se convertiría en la Ley N°18.566 en el año 2009, norma posterior a la denuncia formulada ante la OIT.¹⁶

¹⁵ Otero, Alberto y Guido, Horacio, *Derecho Sindical de la OIT. Normas y procedimientos*, OIT, Ginebra, 1995. Valticos, Nicolás y Von Potobsky, Geraldo, *Derecho Internacional del Trabajo*, OIT, 1995. Ushakova, Tatsiana, "El procedimiento de queja en el sistema de supervisión y control de la OIT", *Revista Derecho Social Y Empresa* N° 24, Dykinson, Universidad de la Rioja, España, 2026.

¹⁶ Ya promovida la queja y en el transcurso del lapso de discusión del proyecto en la Poder Legislativo, representantes de los empresarios mantuvieron reuniones con el Presidente (Dr. Tabaré Vázquez) y el Ministro de Trabajo (Eduardo Bonomi), obteniendo un avance a través de la eliminación de una norma

Brevemente, señalamos que la principal objeción de los empleadores al propiciar el procedimiento de queja, afirmaba que no se contemplaban los aportes hechos por las Cámaras, al tiempo que se acusaba la falta de "consultas plenas y francas" y, por lo tanto, una inobservancia del principio de buena fe, tal como lo observó el Comité de Libertad Sindical (CLS), órgano de la OIT que entendió primariamente en el análisis del procedimiento incoado.¹⁷

Entre los principales argumentos técnicos, se plantean varias impugnaciones que históricamente han sustentado los empresarios en el país. Entre esos señalamientos, destacan:

- a) la injerencia del Estado: Para las Cámaras, el gobierno interviene excesivamente al integrar los órganos tripartitos, fijar directrices y votar en los Consejos de Salarios, violentando así la autonomía de las partes que garantiza el Convenio Internacional 98.
- b) Competencias desnaturalizadas: Asimismo plantean que los Consejos de Salarios tripartitos deben limitarse, como lo señala la Ley de 1943, a fijar los salarios mínimos por categoría, pero que las condiciones de trabajo adicionales que muchas veces se acuerdan en los sectores de actividad, deben convenirse de forma bipartita, libre y voluntaria, sin injerencia ni voto del Estado.
- c) Rigidez del sistema: Se critica la falta de mecanismos automáticos de descuelgue en casos excepcionales (como, p. ej., respecto de empresas o sub sectores en crisis o con realidades geográficas/económicas distintas).

3. Contra argumentos de contexto sostenidos por la central sindical de Uruguay

Los aspectos más relevantes que sustenta la postura del PIT-CNT (central única que nuclea a los trabajadores del país) se circunscriben a la siguiente argumentación.

El movimiento sindical defiende el modelo tradicional del sistema porque posibilita equilibrar la natural asimetría de poder entre los actores sociales y, por lo tanto, diluir las competencias de los Consejos de Salarios sería una vía de precarización de las condiciones laborales.

que formaba parte del texto promovido y que refería a la ocupación de los lugares de trabajo, modalidad de conflicto que era considerado como una extensión del derecho de huelga.

¹⁷ Vid Caso 2699 de la OIT del año 2009.

En realidad, para el PIT-CNT la queja empresarial presentada ante la OIT nunca fue vista como un simple debate técnico-jurídico, sino como un ataque directo al corazón del modelo de bienestar uruguayo y un intento de debilitar el poder de negociación de la "clase trabajadora".¹⁸

Frente a las Cámaras empresariales, la Central ha estructurado históricamente una defensa inquebrantable basada en los siguientes argumentos clave:

a) La asimetría natural de las relaciones laborales: El argumento central del sindicato es que el capital y el trabajo no son iguales. El PIT-CNT sostiene que un trabajador individual, o incluso un sindicato de una empresa pequeña, está en total desventaja frente al empleador si se los deja negociar solos (bipartitamente). Se considera muy específicamente el tamaño de las empresas uruguayas.¹⁹

b) El rol del Estado: Para la organización sindical de cúpula, la intervención del Estado (incluyendo voz y voto en los Consejos de Salarios) no representa una "injerencia", sino un factor de contrapeso para equiparar la disparidad de poderes sociales, con el fin de garantizar que la parte más débil no termine aceptando condiciones precarias por debilidad o necesidad.

c) Los Consejos de Salarios como dinamizadores de la economía y la equidad: El PIT-CNT argumenta que la negociación colectiva por rama de actividad ha sido el principal motor de la justicia social en Uruguay.

Sostiene que, gracias a los laudos y convenios colectivos obligatorios para todo un sector, se logra una redistribución de la riqueza real, elevando el piso salarial de los sectores menos calificados. Asimismo, al fijarse un salario mínimo obligatorio por categorías para toda una rama, se impide que las empresas compitan entre sí bajando los costos laborales (dumping social).

¹⁸ Argumentación que emana de los documentos de análisis del Instituto Cuesta Duarte, declaraciones de la Mesa Representativa de la Central Sindical y declaraciones vertidas por dirigentes en distintas etapas en que fue tramitado el procedimiento de queja.

¹⁹ Según el Instituto Nacional de Estadísticas, las MiPymes representan el 99,58% del total de empresas en Uruguay. Específicamente, las pequeñas y medianas empresas solas constituyen aproximadamente el 14,4% del tejido empresarial, mientras que las microempresas abarcan el 85,2% restante. En conjunto, estas empresas generan el 67,72% del empleo formal privado. Las micro y pequeñas empresas, ocupan entre 5 y 9 personas ocupadas.

(ver: <https://www.gub.uy/instituto-nacional-estadistica/comunicacion/noticias/empresas-mpymes>).

d) Autonomía colectiva real: Se afirma que, aunque el Estado participe en los Consejos de Salarios, la enorme mayoría de los convenios laborales en Uruguay se terminan celebrando por acuerdo bipartito entre las cámaras y los sindicatos en el ámbito físico de cada Grupo o Sub Grupo de Consejo de Salarios en el Ministerio de Trabajo. Son muy pocas las decisiones que se adoptan a través de una votación, por simple mayoría, lo que demuestra que la libertad de negociación no es vulnerada en la práctica.

e) La inclusión de los sectores vulnerables: El PIT-CNT defiende que el sistema de Consejos de Salarios ha permitido amparar a sectores de la sociedad que, bajo un esquema puramente privado o por empresa, jamás habrían logrado organizarse y mucho menos negociar bilateralmente. El sindicato utiliza siempre los ejemplos históricos de las trabajadoras domésticas y los asalariados rurales, que, por tratarse de sectores sumamente atomizados, la única forma real de proteger los derechos y aumentar los salarios de esos trabajadores, ha sido mediante la negociación macro (por rama), tutelada por el Estado.

f) Denuncia de una "agenda de flexibilización laboral": Finalmente, el PIT-CNT ha acusado públicamente a las cámaras empresariales y a la Organización Internacional de Empleadores (OIE) de hacer un juego político y utilizar a la OIT como una plataforma para introducir una agenda de flexibilización y desregulación laboral. Para la central, el verdadero objetivo de la queja no es defender el Convenio 98, sino debilitar el peso político y de movilización que tiene el sindicalismo uruguayo (con Federaciones o Asociaciones de rama que concentran poder y movilizan a los trabajadores), pretendiendo atomizar la negociación empresa por empresa (donde ese poder se diluye o, peor aún, ni siquiera existe organización sindical).²⁰

4. Postura del Estado frente a la queja y su coyuntura.

²⁰ Vid intervenciones de la delegación del PIT-CNT en la Comisión de Aplicación de Normas, donde se fundamenta la posición de la central obrera frente a la comisión de expertos. También Resoluciones del Congreso Nacional del PIT-CNT: En los documentos finales y resoluciones de los Congresos Ordinarios (p. ej., XIII y XIV Congreso), en los que la Central aborda dentro de su plataforma de lucha la defensa de la negociación colectiva por rama y el rechazo a las reformas de flexibilización.

Como ideas rectoras, el gobierno ha tratado de revertir las observaciones de la OIT, argumentado a lo largo de este proceso que lleva diecisiete años –al menos en las oportunidades en las que correspondió expresarse al Frente Amplio, un partido progresista y “pro labour”, con cercanías notorias (incluso políticas) al movimiento sindical– lo siguiente.

a) El tripartismo es una modalidad sustancial para el funcionamiento de las relaciones laborales del país, tal como lo es –estableciendo un parangón– para la estructura y la operativa de la OIT. Siendo un principio fundamental que esta Organización promueve con carácter general, ha servido y sirve para desenvolver un diálogo social profuso, por ejemplo, para encarar las reformas y la gestión ejecutiva de numerosos institutos laborales: la seguridad social, el sistema de salud, las políticas de empleo y formación profesional, el régimen de salud laboral, la consulta previa a la elaboración de proyectos de normas internas (siendo ejemplo de ello las más recientes iniciativas sobre promoción del empleo, fondo de garantías laborales, trabajo nocturno, inserción laboral de personas con discapacidad, etc.). Por otra parte, desde la perspectiva gubernamental de la época, lejos de centralizar la negociación colectiva, los Consejos de Salarios que funcionan en 24 grandes grupos, se desconcentran a través de la constitución de sub grupos dentro las ramas, lo que permite reconocer la diversidad existente entre las entidades empresariales. Un ejemplo claro es la actividad del comercio, cuyo Grupo se subdivide en más de cien sub grupos diferenciados según el porte de las empresas (grandes superficies, empresas minoristas), su radicación (capital, interior del país), las actividades específicas sectoriales, etc.

b) Legitimidad de los Consejos de Salarios: La prolongada vigencia de los órganos tripartitos y su intervención en uno de los aspectos medulares de las relaciones de trabajo (como lo es la determinación de los salarios mínimos), confirma que poseen una legitimidad altísima y que la enorme mayoría de los grupos cierran con acuerdos consensuados (bipartitos o por unanimidad), por lo que no existe una imposición coactiva generalizada del Estado.

c) Valoración negativa respecto de los periodos en los que no funcionaron los Consejos de Salarios: Se recuerda que la historia del país muestra con claridad qué es lo que ha sucedido en los periodos de conculcación democrática (1973 a 1985), y

en etapas posteriores en las que no se ha promovido la negociación colectiva o directamente se ha eliminado la convocatoria de los órganos tripartitos (como ocurriera en los años 90). Estadísticamente ha quedado demostrado, en este último caso, que los trabajadores y empresas abarcados por convenios o acuerdos negociados no superaron el 20% del total, al mismo tiempo que bajaba la afiliación sindical y retrocedían los salarios.²¹ En cambio, en las etapas en que se negoció a través de este mecanismo, e incluso la evolución sobrevenida después de 2009 (con aprobación de la Ley que se impugna), la negociación colectiva llega a abarcar a la totalidad de los trabajadores y empresas privadas y públicas del país, con porcentajes altísimos a nivel comparado mundial.

d) Carácter no imperativo de las pautas del Gobierno: Se afirma que los lineamientos que desde 1985 aporta el Poder Ejecutivo al iniciarse cada ronda de negociación en los Consejos de Salarios, no tienen carácter obligatorio para las representaciones de trabajadores y de empleadores que actúan en dichos órganos. Se trata de meras orientaciones, de modo que las partes pueden apartarse de dichos lineamientos y, de hecho, suelen hacerlo, existiendo casos en los que ha prevalecido un criterio diferente al del Estado, por acuerdo entre los propios actores sociales.

e) Paz social: Se entiende que el sistema que funciona con su activa participación, en especial a través de los Consejos de Salarios, garantiza la paz social (o, al menos, logra trazar andariveles que eviten que los conflictos se radicalicen o salgan de cauce). Incluso la propia Ley 10.449 de 1943, ya preveía la intervención de estos Consejos (como órganos de mediación y arbitraje) frente a conflictos colectivos generados en el ámbito de su jurisdicción, siendo de práctica que estos operen en una gran cantidad de situaciones de confrontación inter partes, aún a niveles inferiores de las empresas que forman parte de cada grupo. Más concretamente, se afirma que, por ejemplo, la práctica de negociar en los Consejos de Salarios ajustes de remuneraciones situadas por encima de los mínimos, ha sido tradicional en estos organismos, ya que este acuerdo más general, contribuye precisamente a la paz social porque da solución, en una sola negociación, a la totalidad de la cuestión salarial en el respectivo nivel de negociación.

²¹ Ermida Uriarte, Oscar. "El protagonismo de los consejos de salarios en el sistema laboral uruguayo", rev. Derecho Laboral N° 229, Montevideo, 2008.

f) Rigidez del artículo 4 del Convenio 98: Se recuerda que en el proceso de redacción de la norma finalmente incorporada al Convenio, en 1949, algunos países expusieron críticas sobre la ausencia de flexibilidad de su texto (caso de los Países Bajos), lo que fundamenta que nuestro país históricamente haya creado formas de promoción de la negociación colectiva que pueden considerarse mucho más eficaces. Una de las vías paralelas a la negociación bipartita, es precisamente la instrumentada por los Consejos de Salarios, como una especie de particularidad nacional que ha fungido como una efectiva forma de promoción – no de imposición – de la negociación colectiva en general.

5. Aspectos jurídicos que fundamentan los cuestionamientos de los empleadores

La postura empresarial para impugnar el proyecto –y luego la Ley del año 2009–, comprende varias observaciones, entre las cuales se describen seguidamente los principales centros de discusión.

5.1. Paridad en la integración del Consejo Superior Tripartito

La ley institucionalizaba este órgano de coordinación y gobernanza de las interrelaciones negociales²² e inicialmente determina su integración con seis delegados de los empleadores y seis de los trabajadores, pero disponiendo que los delegados del Gobierno sean nueve.

Los órganos de control de normas de la OIT dictaminan que debería existir una paridad entre las partes y que la presidencia del órgano recaiga en una persona independiente.²³

²² Un ámbito que venía funcionando por la vía de los hechos desde la reinstitucionalización democrática del país, mientras funcionaron los Consejos de Salarios.

²³ Así, por ejemplo, lo señala el Comité de Libertad Sindical (Caso 2699, núm. 1389, lit. II): el Comité considera que podría tenerse en cuenta un número igual de miembros por cada uno de los tres sectores y la presencia de un presidente independiente, preferentemente nombrado por las organizaciones de trabajadores y de empleadores conjuntamente, que pudiera desempatar en caso de una votación. El Comité pide al Gobierno que realice discusiones con los interlocutores sociales sobre la modificación de la ley a efectos de encontrar una solución negociada sobre el número de integrantes del Consejo”.

Adelantamos que este punto es prácticamente el único que pudo subsanarse rápidamente con acuerdo entre las partes y por la Ley 19.027 (del año 2012), se reduce a seis miembros del Ejecutivo la integración oficial del Consejo Superior. En cuanto a la sugerencia de que se designe como Presidente a una figura “independiente”, también se enmienda la observación a través de un acuerdo interno alcanzado por el órgano al establecer reglas de su funcionamiento. A esos efectos, se determina por consenso un régimen de alternancia rotativa periódica para ejercer esa función.

5.2. Niveles de negociación

La doctrina de los órganos de contralor de la OIT tiene sentado el principio de que el nivel para negociar debe ser fijado libremente por las partes y no impuesto por ley. Interpretación que emana directamente del artículo 4 del Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, al promover “el desarrollo de procedimientos de negociación voluntaria”.

5.3. Legitimación para negociar ante la inexistencia de un sindicato de empresa

En tal caso, la ley de 2009 imponía como sujeto legitimado para negociar con la empresa, a la organización gremial de nivel superior (mandato ascendente en la representación), lo que la queja entiende como una violación de las normas internacionales. Es así que el artículo 2 del Convenio Internacional 154 establece que, en ausencia de organizaciones sindicales, los representantes de los trabajadores interesados pueden llevar a cabo negociaciones colectivas válidas. Complementariamente, el Convenio Internacional 135 (también ratificado por Uruguay), detalla quiénes pueden actuar como representantes de los trabajadores. Además de hacerlo los representantes sindicales nombrados por los sindicatos, se reconoce a los denominados “representantes electos”, es decir, trabajadores elegidos de forma libre por el resto de sus compañeros en la empresa, según la ley o práctica de cada país. Es de hacer notar que en el ordenamiento jurídico interno de Uruguay, antes de la entrada en vigencia de esta ley del año 2009, otra norma legal sobre vacaciones anuales (Ley 13.556), disponía a texto expreso que “no existiendo

organización gremial de dichos trabajadores, la representación de éstos será ejercida, para la concertación del convenio, por delegados elegidos según las formas y garantías previstas en los incisos 4.o y 5.o del artículo 6.o y artículos 7.o y 12 de la ley N° 10.449, de 12 de noviembre de 1943” (art. 1).

5.4. La ultraactividad de los convenios colectivos

La Ley 18.566 disponía, salvo que se pacte lo contrario por las partes que celebran un acuerdo, la ultraactividad automática de los convenios colectivos. Dicha previsión legal determinaba que, al vencer el plazo de un convenio, sus cláusulas seguían vigentes indefinidamente hasta que un nuevo convenio lo sustituyera. Según los empleadores, esta imposición legislativa contravenía el acuerdo que pone un plazo de vigencia al convenio y, en última instancia, desincentivaba la renegociación continua.

5.5. El rol intervencionista del Estado

Por otra parte, la queja cuestiona la intromisión del Poder Ejecutivo en la fijación de aumentos generales para todos los trabajadores del grupo o sub grupo (más allá de fijarse los salarios mínimos por categorías) y también de condiciones de trabajo impuestas por decisiones de los Consejos de Salarios. Ello sin perjuicio de reconocerse que el texto observado establece de forma expresa que regular condiciones de trabajo preceptivas, sólo es posible cuando medie acuerdo de los actores sociales, es decir, que es exigible la expresión de su voluntad bilateral, no pudiéndose imponer a través de una votación entre una de las partes y los representantes del gobierno (es decir, por mayoría).

6. El sinuoso camino entre intimaciones, listas negras y reformas normativas (2019–2025)

Desde que el gobierno recibiera las observaciones de los órganos de contralor de la OIT (en primera instancia del Comité de Libertad Sindical y posteriormente, de la

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones), se abrieron espacios de diálogo con las organizaciones representativas de los actores sociales, intercambiándose incluso propuestas modificativas del texto legal (particularmente entre 2015 y 2018) , pero en ningún momento se logró una salida concertada para cerrar el tema.

Esos diálogos fueron genuinos, al punto que, en más de una ocasión, el sector empleador se avino a que se presentaran notas ante la Oficina de la OIT, informando sobre esos intercambios y solicitando abrir un compás de espera, sin aplicarse sanciones al país.

La prolongación de una situación inconclusa llevó a que, manteniéndose en curso el procedimiento de la queja, se generara el antecedente de 2019, a través del cual la Comisión de Aplicación de Normas trasladó a la Conferencia Internacional de ese año un informe que incorporaba a Uruguay como uno de los países incumplidores. Es así que, en el curso de la Conferencia Internacional de ese año, se produce por primera vez su inclusión en la "lista negra" (esto ocurre al final del tercer gobierno del Frente Amplio), siendo el motivo no haber corregido la normativa conforme las observaciones formuladas y exigidas por la OIT. El país pasó a integrar esa nómina junto a Algeria, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Egipto, El Salvador, Etiopía, Fiji, Honduras, India, Iraq, Filipinas, Kazajistán, Laos, Myanmar, Nicaragua, Serbia, Tayikistán, Turquía, Yemen y Zimbabue, como países que incumplen convenios internacionales del trabajo.

En la jerga corriente (en especial, de los medios periodísticos), se habla de lista negra, cuando en realidad se trata de lo que terminológicamente ha de denominarse "lista corta".

Este grave insuceso de ingreso del país a la lista de la OIT, si bien no genera sanciones económicas ni jurídicas directas, ya que el organismo no tiene poder sancionatorio, desencadena, sin embargo, una serie de consecuencias políticas, reputacionales y operativas. Ello se debe a que el caso se debate públicamente en una Conferencia con amplia difusión mediática, lo que daña la imagen internacional del país. Y lo hace especialmente afectando su reputación democrática y su institucionalidad estable, con diálogo social y respeto de los derechos humanos fundamentales que es generalmente reconocida a nivel mundial. Pero repercute también sobre del prestigio

económico internacional, puesto que las agencias calificadoras de riesgo, suelen bajar la nota del país incumplidor, lo que puede ahuyentar inversiones, y hasta encarecer el crédito que otorgan organismos como el BID, el FMI e incluso otras entidades. Más aun, potencialmente esta calificación puede acarrear consecuencias cuando existen acuerdos de libre comercio que prevén cláusulas habilitantes de revisiones comerciales. (como ocurre con la Unión Europea). Es así que el país queda bajo la lupa de las demás naciones y de los organismos internacionales, con plazos cortos para modificar su normativa, aceptar misiones técnicas, producir informes, todo lo que configura un contexto de auténtica presión internacional. Y en los ámbitos internos, es posible que adquiriera un viso político que desgasta al gobierno, sea por la acción de los partidos de oposición, como de las propias organizaciones sociales que comparten los criterios de la denuncia formulada o la rechazan, a través de expresiones públicas que se difunden rápidamente en un mundo interconectado como el que vivimos.

Se contó con el apoyo técnico de la OIT y dando respuesta a la intimación aprobada en la Conferencia, que puso como plazo último el 1º de noviembre de ese año, el Poder Ejecutivo nacional de la época, remitió un proyecto de ley al Parlamento el 29 de octubre.

El texto elaborado unilateralmente por el Estado, procuraba corregir la ley vigente desde 2009 atendiendo la mayoría de las observaciones que formularan los empleadores y que se encontraban avaladas por los órganos de control de la OIT. En lo central y resumidamente, se establecía:

1. que el intercambio de datos económicos para facilitar la negociación, debía mantener estricta confidencialidad, y si se incumplía el deber de reserva por parte de los sindicatos, ello generaría responsabilidad civil;
2. se eliminaba la facultad del Consejo Superior de Salarios para intervenir en la determinación del nivel o los ámbitos en los que se debía desarrollar la negociación colectiva;
3. se prescindía de la parte dispositiva que incorporó la ultraactividad automática de los convenios colectivos;

4. de no existir un sindicato en la empresa, quedarían habilitados para negociar bipartitamente con el empleador, delegados electos directamente por los trabajadores de la misma;

Naturalmente, la iniciativa recibió un fuerte rechazo de la central sindical que no aceptaba las soluciones incorporadas y consideraba que las mismas representaban una rendición frente al empresariado. Y las Cámaras (así como la Organización Internacional de Empleadores), consideraron insuficientes aquellas iniciativas.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, en realidad, el gobierno se limitó a cumplir formalmente con el emplazamiento del Organismo internacional. En otras palabras, puede decirse que se trató de un saludo a la bandera en virtud de que el país transitaba en esas fechas por un contexto de elecciones nacionales²⁴, cuya primera vuelta había tenido lugar el 27 de octubre de 2019 (sin alcanzar mayoría ningún candidato), estando fijada una segunda vuelta definitiva para el 24 de noviembre siguiente. Como se comprenderá, se estaba produciendo un cambio de gobierno y cualquiera fuese el partido que resultase electo, la administración cambiaría de titular, así como también los asientos en la Cámaras de Senadores y Diputados.

El proyecto no pasó las instancias de discusión en las Comisiones legislativas y quedó finalmente archivado.

7. La reforma del Gobierno de Coalición (Ley 20.145)

Habiendo resultado gananciosa la Coalición Republicana, integrada por partidos de signo político e ideológico diferentes a la precedente del Frente Amplio, en el 2020 el tema sigue siendo un “Talón de Aquiles” para el país, ya que sigue sin resolverse y el proceso de Queja continúa en la agenda de la OIT. Quizás la pandemia amortiguó brevemente el tratamiento del mismo, pero esa situación duró muy poco tiempo.

El Ministerio de Trabajo reinició la mesa de diálogo con las organizaciones de los sectores sociales, buscando salidas consensuadas que, como venía ocurriendo en el

²⁴ Algunos comentaristas señalaron que resultaba llamativo que la OIT, al fijar una fecha límite al país, no haya considerado esta coyuntura interna que necesariamente influiría sobre el proceso de tratamiento del tema objeto de la intimación.

pasado, nunca alcanzaron concretarse. Fue entonces que el 3 de mayo del año 2022, se envió una iniciativa de ley al Poder Legislativo.

Importa señalar que, apenas se conoce el proyecto de ley del gobierno, la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas de la OIT señaló que lo propuesto eran las mismas modificaciones que contenía el proyecto enviado en 2019 por la anterior Administración.

En el trámite legislativo, la norma legal es sancionada (Ley 20.145), resolviendo cinco puntos clave de las observaciones que mantenía en pie la OIT; a saber:

a) Se promueve la personería jurídica de las organizaciones sindicales que, si bien es voluntaria, en caso de que la organización no la tramite, se pierden derechos como el acceso a información y el descuento obligatorio de la cuota sindical dispuesto por la Ley 17.940.²⁵

b) Se elimina la referencia legal a la ultraactividad, es decir, al mecanismo por el cual un convenio colectivo vencido mantenía la plena vigencia de todas sus cláusulas (beneficios, salarios, etc.) hasta que fuera sustituido por otro posterior.²⁶

c) Se suprime el reconocimiento expreso que otorgaba mayor legitimidad a las organizaciones sindicales de nivel superior para negociar colectivamente, en los casos de no existir un sindicato en una empresa.

d) Se deroga la norma que disponía que el Consejo Superior Tripartito podía considerar y pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los niveles de

²⁵ Seré, Jorge, "Reflexiones sobre organizaciones sindicales y personería jurídica", rev. Derecho Laboral N° 281, Montevideo, enero-marzo 2021. Loustaunau, Nelson, "Primera lectura de la ley N° 20.127 sobre personería jurídica de las organizaciones gremiales", rev. Derecho Laboral N° 289, Montevideo, 2023. Delgado, Fernando y Arévalo, Laura, "Personería jurídica de las organizaciones gremiales. La Ley 20.127 y su impacto en las relaciones laborales", rev. Derecho Laboral N° 290, Montevideo, 2023. Castello, Alejandro, "Obligación de reserva en la negociación colectiva", rev. Derecho Laboral N° 286, Montevideo, abril-junio 2022. Ferrizo, Arturo y Perciballi, Virginia, "Derecho de información en la negociación colectiva", idem.

²⁶ Rosenbaum Rimolo, Jorge, "La ultra actividad del convenio colectivo: una relectura desde el principio de progresividad", rev. Derecho Laboral N° 250, Montevideo, 2013. Giuzio, Graciela, "Impactos de la eliminación de la ultraactividad en el sistema de negociación colectiva nacional", rev. Derecho Laboral N° 290, Montevideo, 2023. Rosenbaum Carli, Federico, "La derogación de la ultraactividad de los convenios colectivos en el Uruguay: ¿un retorno a la teoría de la incorporación?", Revista de Derecho N° 28, Universidad Católica del Uruguay, julio-diciembre 2023.

negociación tripartita y bipartita, asunto que debería ser de resorte exclusivo de las partes sociales, sin injerencia alguna del Poder Ejecutivo.²⁷

e) Se determina qué organización tienen la potestad para negociar y celebrar convenios en caso de coexistir sindicatos en un mismo ámbito que disputan la titularidad de la representación de los trabajadores (ratificándose los criterios vigentes de antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados).

La sanción de esta ley fue muy cuestionada por el PIT CNT y por el Frente Amplio, pero logró suspender temporalmente la inclusión de Uruguay en la lista corta del 2019.²⁸

No obstante, ciertos puntos en debate persisten, al punto que, en el informe sobre el proyecto, la Comisión de Expertos de la OIT, llegó a expresar que “lamenta que dicho proyecto no haya abordado un elemento esencial que ha venido señalando desde hace años, y que concierne a la reforma del artículo 12 de la ley para garantizar el carácter bipartito de la negociación colectiva”. En otro pasaje, señala que “la Comisión alienta firmemente al gobierno a que continúe trabajando en instancias tripartitas y tome las medidas adicionales necesarias para revisar” el artículo 12 de la ley de Negociación Colectiva, de forma tal que, “de conformidad con el convenio, la ley garantice de manera completa tanto el carácter libre y voluntario de la negociación colectiva, como el mantenimiento del eficaz fomento de la misma, asegurando el mantenimiento del alto grado de cobertura de los convenios colectivos existente en el país”.

Por otra parte, esta misma postura sigue siendo alentada por el sector empresarial, lo que registran algunas manifestaciones públicas en la prensa.²⁹ Más aún, sus posiciones son retomadas en la 111ª Asamblea de la OIT del año 2023, cuando el delegado empresarial señaló como un punto en su exposición, el recordatorio público de que aún restaba solucionar la histórica “observación de especial importancia” por

²⁷ Salsamendi, Gabriel, “Niveles de negociación colectiva en Uruguay. Impacto del proyecto de reforma de la ley 18.566”, rev. Derecho Laboral N° 286, Montevideo, abril-junio 2022.

²⁸ García Martínez, Daniela, “Determinación de negociadores en representación de trabajadores en caso de ausencia de organización sindical”, rev. Derecho Laboral N° 286, Montevideo, abril-junio 2022. Perrone, Joaquín y Arévalo, Laura, “El dictamen del comité de libertad sindical sobre la representatividad en el sector salud uruguayo”, rev. Derecho laboral N° 289, Montevideo, 2023.

²⁹ El Observador, “Negociación salarial: OIT vuelve a respaldar reclamo de empresarios”, 26 de mayo de 2023.

parte de los órganos de control de la OIT respecto a la ley de negociación colectiva uruguaya. Se insistía en limitar los Consejos de Salarios únicamente a la fijación de salarios mínimos, derivando el resto de las condiciones laborales a la negociación bipartita por empresa. Queda en claro que Las Cámaras y la OIE continuaban manteniendo la queja y reclamando esa modificación sustantiva.

8. Análisis del caso en la actualidad: Uruguay reingresa en la “lista corta” de 2026

En junio de 2026, ya verificado un nuevo cambio democrático del partido gobernante en Uruguay (regreso del Frente Amplio, tras las elecciones nacionales de 2024), en el marco de la 114ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Uruguay vuelve a ingresar a la lista de países examinados por la Comisión de Aplicación de Normas (“lista negra”) por violaciones al Convenio 98.

Enfrentamos una situación paradójica, en la que el país se encuentra ante una difícil contradicción internacional. Por un lado, es elogiado en los informes globales sobre el Diálogo Social y lidera los índices sindicales como uno de los mejores países para trabajar y cumplir la legislación laboral en la región. Pero por el otro, se encuentra en el “banquillo de los acusados” junto a regímenes con graves y reales vulneraciones de derechos humanos y laborales.

Cabe preguntarse por qué Uruguay es puesto en la lista corta de la Conferencia de la OIT de 2026, siendo posible sostener que su reingreso a este listado, responde fundamentalmente a un remanente técnico que arrastra más de 17 años de falta de consenso interno y adecuación normativa a los designios del organismo internacional. Y ello gira en torno al cabo suelto que dejó la reforma del año 2023, ya que, aunque el anterior gobierno de la Coalición Republicana modificó la ley y subsanó la mayoría de las observaciones de la OIT, mantuvo irresoluto uno de los nudos gordianos de las observaciones: la participación regulatoria del Estado en las condiciones de trabajo y la determinación de salarios y sus ajustes con un alcance general para todos los trabajadores de cada sector de actividad, más allá de determinar los salarios mínimos por categoría. De allí que, en conceptos dogmáticos (entendido esto como las opiniones o principios inflexibles, que deben aceptarse sin discusión), tanto las Cámaras empresariales nacionales, pero fundamentalmente la Organización

Internacional de Empleadores, como la Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT, es imprescindible seguir avanzando en la adecuación mucho más estricta al artículo 4 del Convenio 98, según los cánones sostenidos históricamente. Es en razón de ello que el caso pendiente de la queja en curso, fue reactivado con las consecuencias antes señaladas.

Reiteraremos nuestra interpretación, señalando que la intromisión del Estado en la negociación colectiva pura o típica, desde la perspectiva técnica de los órganos de control de la OIT, afecta las reglas a las que debe sujetarse todo convenio colectivo. En otras palabras, un convenio colectivo genuino debe alcanzarse exclusivamente de forma bipartita (entre empleadores y trabajadores). Al intervenir el Poder Ejecutivo en el Consejo de Salarios, fijando pautas y hasta homologando aumentos generales (que exceden el salario mínimo nacional), las Cámaras empresariales sostienen que existe esa intromisión que viola el convenio internacional.

Por otra parte, no son ajenas las realidades contextuales, en tanto en el escenario político interno se ha señalado la falta de proactividad del gobierno actual, que rechazara la fundamentación de este desajuste normativo en el pasado. Críticos de su gestión estiman que las autoridades se dejaron estar, adoptando una postura pasiva en las reuniones previas a la Conferencia y manifestando expresiones de enojo con la OIT, en lugar de liderar activamente propuestas de enmienda legal con los actores sociales.³⁰ Seguramente, algo nada fácil, agregamos, dado el largo camino recorrido por diferentes actores políticos a cargo del Ministerio de Trabajo, sin arribarse a una posición mínima para un posible acuerdo en esta materia. En la teoría de los juegos, sociológicamente se enfrenta una situación de “equilibrio de Nash”: parece que ningún jugador tiene incentivos para modificar su estrategia de forma unilateral, ya que al hacerlo su situación empeoraría, lo que resulta en un punto muerto donde nadie cede.³¹

En esa dirección, también desde la vereda de la contraparte empresarial, el PIT-CNT argumenta que la inclusión pretendida no tiene asidero técnico real, dado que fijar aumentos generales por rama de actividad ha sido una práctica pacífica adoptada

³⁰ Declaraciones en radio Montecarlo: “Tras recomendaciones de la OIT sobre ley de negociación colectiva, Pablo Mieres dijo que el Gobierno “va en el camino correcto pero tardío”, 12 de junio de 2026.

³¹ John Nash, “Non cooperative games”, *Annals of Mathematics*, Vol. 54, No. 2 (Sep., 1951), Princeton University.

por todos los partidos políticos uruguayos desde 1943. Para el sindicato, las cámaras empleadoras utilizan políticamente el sistema de control de la OIT con el fin último de dismantelar los aumentos generales obligatorios y arrastrar la negociación al nivel de empresa, donde el poder sindical es menor.³²

En este punto, sintetizaremos cuáles son las exigencias que se le plantean al gobierno hoy día. Frente al dictamen de la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT en 2026, el gobierno uruguayo enfrenta presiones inmediatas para ajustar su marco jurídico.

En primer lugar, una exigencia de adecuación estricta al Convenio 98, siendo un requerimiento central del organismo que el Estado uruguayo adapte de forma definitiva su legislación interna para respetar plenamente el principio de autonomía colectiva bipartita. Para la OIT, el artículo 4 del Convenio 98 establece taxativamente que el rol del Estado debe limitarse a estimular y fomentar la negociación voluntaria y bipartita (exclusivamente entre empleadores y trabajadores). Entonces, al imponer de forma obligatoria y tripartita otras materias con el peso del voto del Poder Ejecutivo, se desnaturaliza el carácter libre del acuerdo colectivo. Específicamente, la Comisión de Aplicación de Normas insta textualmente al Gobierno a que en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, “adopte las medidas legislativas necesarias, en particular la modificación del artículo 12 de la Ley núm. 18.566, para garantizar la plena conformidad de la legislación y práctica con los principios de la negociación colectiva y con el Convenio”.

En segundo término, para ello debe redactar una nueva modificación de la Ley de Negociación Colectiva. En efecto, se le está urgiendo al gobierno a sentarse a trabajar –con un plazo que la OIT ha fijado como muy breve debido a la antigüedad del diferendo– en la redacción de normas que resuelvan el aspecto pendiente del intervencionismo estatal.

Por otra parte, persiste un objetivo en cuanto a limitar las potestades de los Consejos de Salarios. La presión del sector empresarial (con la innegable postura de la OIE), exige formalmente que el ámbito tripartito de los Consejos de Salarios se constriña únicamente a la fijación de salarios mínimos por categoría. Se reafirma lo que

³² Portal del PIT-CNT del 1º de junio de 2026, “Cámaras de Comercio e Industria pretenden eliminar el aumento general de salarios y dejarlo en manos de los empleadores”.

señalado críticamente la Comisión de Aplicación de Normas: que la legislación uruguaya obliga a negociar los ajustes salariales generales y las condiciones de trabajo bajo la presencia del Estado, condicionando la autonomía de las partes. Las observaciones determinan que el gobierno debe modificar las competencias de los Consejos de Salarios para que se abstenga de intervenir en dos aspectos. Uno, la actualización o ajuste de las remuneraciones generales (por encima de los salarios mínimos de cada categoría). Dos, la fijación de otras condiciones de trabajo. Al respecto, la exigencia implícita es la de retirar por ley la capacidad de que el laudo tripartito regule otras condiciones de trabajo de manera generalizada, derivando estas materias en exclusividad a convenios bipartitos por empresa o sector. Y ello pese a que, reiteramos, la norma vigente que se cuestiona, en realidad no arbitra una potestad de ese tipo, sino que admite que, existiendo acuerdo bilateral de los representantes de ambos sectores sociales, se pacten condiciones de trabajo para la rama o el sector, sin que ello quede sujeto a una opción que provenga de la votación mayoritaria del gobierno con una sola de las partes que representan a empresas o a trabajadores. Sólo se habilita la negociación de un acuerdo convencional colectivo bipartito, propio de un convenio típico, más que de un laudo o decisión tripartita adoptada por el Consejo de Salarios.

En cuarto lugar, se exige al Poder Ejecutivo que retome el Diálogo Social y la proactividad internacional, abandonando la postura de confrontación institucional o rezongo a las autoridades de Ginebra y acepte generar un proceso de concertación nacional de buena fe. El objetivo perseguido sería construir una solución jurídica compartida entre el Estado, las Cámaras empresariales y el PIT-CNT que imponga una seguridad jurídica interna y recomponga la reputación e imagen internacional de Uruguay.

Con el fin de avanzar rápidamente en esta dirección y debido a que este diferendo jurídico arrastra un largo período de incumplimientos sin resolverse a nivel interno, la Comisión dictaminó dos exigencias procedimentales con plazos perentorios:

a) Recurrir a la Asistencia Técnica: Se alienta de manera expresa al Gobierno de Uruguay a aceptar y utilizar los mecanismos de asistencia técnica directa de la OIT para redactar la nueva normativa.

b) Fecha límite para Informar progresos: Se impone al gobierno la obligación estricta de presentar un informe detallado sobre los progresos legislativos alcanzados antes de septiembre de 2026.

9. Respuestas y estrategia del gobierno

Tras la finalización de las deliberaciones de la Conferencia Internacional en Ginebra, el Poder Ejecutivo y las máximas autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social expresaron de manera pública una postura clara sobre cómo, bajo qué condiciones y con qué espíritu pretenden atender la intimación de la OIT.

Podemos deducir que la estrategia gubernamental para procesar las observaciones se sintetiza en las siguientes definiciones y líneas de acción:

1. Búsqueda de una solución consensuada de formato doméstico. Las autoridades ministeriales han sido explícitas en cuanto a que el Poder Ejecutivo no pretende imponer modificaciones unilaterales al régimen legal vigente. La premisa oficial es canalizar las observaciones de la OIT, como se hiciera en el pasado, a través del diálogo interno para hallar una solución consensuada entre las cámaras empresariales y el PIT-CNT.

De allí que señalemos que la intención declarada es resolver la controversia mediante mecanismos de acuerdo domésticos, sentando a las partes sociales en una mesa de negociación para acordar y redactar las enmiendas que sirvan de base a una futura ley.

2. Aceptación de la Asistencia Técnica de la OIT. Atendiendo a la complejidad jurídica de esta controversia (que, como se ha reiterado, arrastra casi dos décadas de debate y posturas muy rígidas), el Gobierno uruguayo comunicó oficialmente su disposición a recibir y recurrir a la asistencia técnica directa de la OIT. El Poder Ejecutivo planea utilizar este soporte internacional como un puente técnico neutral, que ayude a destrabar el nudo interpretativo sobre el alcance del artículo 12 de la Ley 18.566, intentando amoldar la redacción legal nacional a las pautas del Convenio 98, pero sin dismantelar la esencia del modelo nacional.

3. Defensa firme del núcleo del modelo tripartito. Las declaraciones oficiales han dejado en claro que no se alterará sustancialmente el funcionamiento de los Consejos

de Salarios en el corto plazo. En otras palabras, no habrá cambios drásticos inmediatos. Si bien se atenderá formalmente la recomendación internacional, las autoridades consideran que la queja empresarial de fondo en cuanto pretende reducir el tripartismo únicamente a los salarios mínimos, no resiste ante la probada solidez y madurez democrática del sistema de relaciones laborales de Uruguay. Por ende, el gobierno pretende encarar la reforma con un criterio de adaptación que debería ser sutil o tenue y no de deconstrucción de aquella tradición consolidada. Para ello, probablemente se buscará una fórmula jurídica que otorgue mayores garantías formales a la negociación bipartita y voluntaria respecto de otras condiciones de trabajo y de ajustes a los salarios más allá de la fijación de salarios mínimos por categorías, pero preservando la capacidad institucional del Estado para incidir de forma colectiva y extendida en la protección del salario real y en las pautas redistributivas de los trabajadores. En esto último, presumimos que el Estado no quiere perder la capacidad de manejo de una de las variables macroeconómicas como es la evolución general de los ingresos de los trabajadores, que se suma al control de la inflación, los indicadores de empleo, la productividad, el gasto público, las inversiones, etc.

4. Plazo Límite. Bajo el compromiso de no dilatar más el caso pendiente, el Ministerio de Trabajo ha asumido la tarea de articular los canales de discusión de manera urgente, a efectos de recopilar avances reales y cumplir con la exigencia procedimental del organismo internacional. Ello se debería traducir en la redacción y elevación de un informe detallado que señale los progresos y consensos que puedan alcanzarse a más tardar a comienzos de setiembre de 2026.

10. Conclusiones: incertidumbre y expectativas

Si algo queda claro al repasar la historia reciente de la negociación colectiva en Uruguay, es que estamos ante un verdadero "punto muerto" a la uruguaya. Por un lado, tenemos un sistema de negociación colectiva que prácticamente se ha institucionalizado a través de muchas décadas. Se trata de un modelo que apela intensamente al tripartismo, alcanzando una cobertura altísima de trabajadores, y en el cual sindicatos y cámaras empresariales se sientan a la mesa para negociar casi

todo a nivel de rama o sectores de actividad. Por el otro, existe un tironeo técnico y político que ya lleva casi dos décadas de instaurado a través de un procedimiento de queja promovida ante la OIT.

La paradoja puede resultar, incluso, insólita: mientras a nivel internacional Uruguay es referenciado como un ejemplo de democracia, diálogo social y derechos laborales, al mismo tiempo vuelve a caer en la denuncia de una lista negra que refleja su carácter incumplidor o inobservante de convenios internacionales de la OIT. Sin embargo, a ojos vista, el país no ingresa a la misma por atentar gravemente contra los derechos humanos como ocurre en algunos otros países que integran la lista, sino por un remanente técnico que se ha mantenido sin solución y que nadie ha logrado destrabar en el curso de diecisiete años.

¿Cuál es el nudo del problema? Hablando en términos muy básicos, una discusión de fondo acerca de cuánto es admisible que intervenga el Estado en la negociación colectiva.

Para las empresas y la OIT, el Convenio 98 es determinante en cuanto a que la negociación colectiva sobre condiciones de trabajo y aumentos generales debe ser libre, voluntaria y entre privados (bipartita). Entienden que cuando el Estado ingresa a votar o fija pautas generales en los Consejos de Salarios más allá del salario mínimo, viola las reglas internacionales.

Por el contrario, para los sindicatos (y hasta para la tradición uruguaya), el rol del Estado en los Consejos de Salarios es la única forma de equilibrar la cancha y garantizar que el hilo no se corte por el lado más débil. Reducir los Consejos de Salarios tan solo a acordar o laudar salarios mínimos por categorías, es apreciado como un intento implícito de debilitar al movimiento sindical, trasladar la negociación de convenios colectivos a los niveles inferiores de las empresas e, inevitablemente, como dato de la realidad, depreciar el alcance subjetivo y los contenidos del instituto. Lo más curioso es que, a nuestro entender, todos los gobiernos le han ido buscando la vuelta. El Frente Amplio intentó arreglar a medias la controversia en 2019 antes de culminar su mandato gubernamental; la Coalición Republicana aprobó la Ley 20.145 en 2023, solucionando varias objeciones, pero uno de los núcleos duros del problema (el artículo 12 sobre la injerencia estatal en los ajustes generales y las condiciones de trabajo), quedó sin resolverse.

Al final del día, como lo hemos señalado en el texto al citar la teoría de los juegos, estamos en un "equilibrio de Nash": nadie quiere ceder del todo por miedo a perder terreno. Pero la presión de Ginebra volvió a poner el problema en el tapete y con la pelota de nuevo en la cancha del país para setiembre de 2026, la única salida inteligente parece ser la de siempre: sentarse nuevamente a negociar a la criolla, aceptar la asistencia técnica de la OIT y buscar una redacción quirúrgica que deje conformes los requisitos de la Comisión de Aplicación de Normas, sin dismantelar la matriz de bienestar y protección social que hace a la identidad del trabajo en Uruguay. Como hemos expresado en anteriores ensayos al valorar la trascendencia de los Consejos de Salarios y su extenso funcionamiento, nuestro país no ha conocido, hasta el presente, otro sistema alternativo que le permita funcionar auténticamente –aún con algunas falencias o dificultades generalmente menores– dentro de un marco pluralista y democrático de sus relaciones colectivas de trabajo.³³

De todos modos, se abre un compás de espera (que parece ser corto), con la expectativa de que se despejen las incertidumbres y se alcancen alternativas de adaptación normativa. De ese modo será posible retomar la senda de un equilibrio justo para el tan necesario sistema de negociación colectiva, que cumpla las funciones normativas, económicas, organizacionales, amortiguadoras del conflicto y representativas que le dan significado y relevancia como expresión del derecho fundamental de la libertad sindical.

Bibliografía

- AMEGLIO, E., "A diez años de las leyes sobre la negociación colectiva en Uruguay: ¿un modelo que habrá que cambiar?", rev. Derecho Laboral N° 263, Montevideo, 2020.
- BABACE, Héctor, "A diez años de las leyes sobre la negociación colectiva en Uruguay: ¿Un modelo que habrá de cambiar?", 30ª. Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Canelones, FCU, 2019.
- BARBAGELATA, H. H., "Los actores de las relaciones laborales", El particularismo del Derecho del Trabajo, FCU, 1ª Edición, Montevideo, 1995.

³³ Rosenbaum Rimolo, Jorge, "Los Consejos de salarios, una virtuosa experiencia de interacción tripartita en Uruguay", cit.

- BARBAGELATA, H. H., "A propósito de un reciente informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT", rev. Derecho Laboral N° 238, 2010.
- BARRETO GHIONE, H., "El intervencionismo en la negociación colectiva en Perú y Uruguay. Dimensiones y usos del Derecho", Laborem, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo N° 11, Lima, 2011.
- BARRETTO GHIONE, H., "Las observaciones de la OIT sobre el modelo de negociación colectiva: tensiones, inconsistencias y márgenes del cambio", 30ª. Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Canelones, FCU, 2019.
- CASTELLO, A., "Obligación de reserva en la negociación colectiva", rev. Derecho Laboral N° 286, Montevideo, 2022.
- DELGADO, F. y ARÉVALO, L., "Personería jurídica de las organizaciones gremiales. La Ley 20.127 y su impacto en las relaciones laborales", rev. Derecho Laboral N° 290, Montevideo, 2023.
- ERMIDA URIARTE, O., "El protagonismo de los consejos de salarios en el sistema laboral uruguayo", rev. Derecho laboral N° 229, Montevideo, enero-marzo, 2008.
- ERMIDA URIARTE, O., "El protagonismo de los consejos de salarios en el sistema laboral uruguayo", rev. Derecho Laboral N° 229, Montevideo, 2008.
- FERRIZO, A. y PERCIBALLI, V., "Derecho de información en la negociación colectiva", rev. Derecho Laboral N° 286, Montevideo, 2022.
- GARCÍA MARTÍNEZ, D., "Determinación de negociadores en representación de trabajadores en caso de ausencia de organización sindical", rev. Derecho Laboral N° 286, Montevideo, 2022.
- GIUZIO, G., "Perspectivas y desafíos de la negociación colectiva en el Uruguay 2021", Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, N° 3, año 3, Universidad Blas Pascal, Argentina, 2021.
- GIUZIO, G., "Impactos de la eliminación de la ultraactividad en el sistema de negociación colectiva nacional", rev. Derecho Laboral N° 290, Montevideo, 2023.
- LOUSTAUNAU, N., "Primera lectura de la ley N° 20.127 sobre personería jurídica de las organizaciones gremiales", rev. Derecho Laboral N° 289, Montevideo, 2023.
- NASH, J., "Non cooperative games", Annals of Mathematics, Vol. 54, No. 2, Princeton University, 1951.

- ODERO, A. y GUIDO, H., Derecho Sindical de la OIT. Normas y procedimientos, OIT, Ginebra, 1995.
- PERRONE, J. y ARÉVALO, L., "El dictamen del comité de libertad sindical sobre la representatividad en el sector salud uruguayo", rev. Derecho laboral N° 289, Montevideo, 2023.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A., El salario en el Uruguay: su régimen jurídico, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1956.
- PORRINI, R., La historia de la clase obrera y los sindicatos en el siglo XX, Trabajo & Utopía, Montevideo, 2006.
- RASO DELGUE, J. y ROSENBAUM RIMOLO, J., "El Centenario de la OIT y la legislación laboral uruguaya", Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2020.
- RODRÍGUEZ AZCÚE, Á., "Los métodos de fijación del salario en el Uruguay y los particularismos del Derecho del Trabajo", Revista de la Facultad de Derecho N° 31, Montevideo, 2011.
- RODRÍGUEZ, J. M., "El papel de los Consejos de Salarios en la historia del movimiento sindical", Claeh, Montevideo, 1991.
- ROSENBAUM CARLI, F., "La derogación de la ultraactividad de los convenios colectivos en el Uruguay: ¿un retorno a la teoría de la incorporación?", Revista de Derecho, N° 28, Universidad Católica del Uruguay, 2023.
- ROSENBAUM RIMOLO, J., "El sistema uruguayo de negociación colectiva", rev. Derecho Laboral N° 234, Montevideo, 2009.
- ROSENBAUM RIMOLO, J., "La ultra actividad del convenio colectivo: una relectura desde el principio de progresividad", rev. Derecho Laboral N° 250, Montevideo, 2013.
- ROSENBAUM RIMOLO, J., "Los Consejos de Salarios: una virtuosa experiencia de interacción tripartita en Uruguay", Estudios en Homenaje al Prof. Alfredo Villavicencio, Ed. Palestra y PUCP, Lima, 2024.
- SALSAMENDI, G., "Niveles de negociación colectiva en Uruguay. Impacto del proyecto de reforma de la ley 18.566", rev. Derecho Laboral N° 286, Montevideo, 2022.
- SERÉ, J., "Reflexiones sobre organizaciones sindicales y personería jurídica", rev. Derecho Laboral N° 281, Montevideo, 2021.

USHAKOVA, T., "El procedimiento de queja en el sistema de supervisión y control de la OIT", Revista Derecho Social Y Empresa, N° 24, Dykinson, Universidad de la Rioja, España, 2026.

VALTICOS, N. y VON POTOBSKY, G., Derecho Internacional del Trabajo, OIT, 1995.

ZAPIRAIN, H. "De la abstención a la regulación heterónoma. Apuntes sobre la ley de negociación colectiva en el sector privado", rev. Derecho laboral, N° 235, Montevideo, 2009.

Cómo citar: Rosenbaum Rimolo, J. (2025). Las recientes observaciones de la OIT a la ley de negociación colectiva de Uruguay. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 7(18), 268-301.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

www.revistajuridicadeltrabajo.com

